

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



MARIA LETÍCIA DE ALENCAR MACHADO

**BREVE REFLEXÃO SOBRE A INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL.
DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.**

Rio de Janeiro, novembro de 2014

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**



MARIA LETÍCIA DE ALENCAR MACHADO

**BREVE REFLEXÃO SOBRE A INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL.
DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.**

Trabalho de Conclusão de Curso
sob orientação do Professor Cássio
Machado Cavalli apresentado à
FGV DIREITO RIO como requisito
parcial para obtenção de grau de
bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, novembro de 2014

**BREVE REFLEXÃO SOBRE A INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL.
DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.**

Elaborado por MARIA LETÍCIA DE ALENCAR MACHADO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para
obtenção de grau de bacharel em
Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do Orientador: Cássio Machado Cavalli
Nome do Examinador 1: Luiz Roberto Ayoub
Nome do Examinador 2: Claudia Ribeiro Pereira Nunes

Assinaturas:

Cássio Machado Cavalli

Luiz Roberto Ayoub

Claudia Ribeiro Pereira Nunes

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 20 ____

A minha mãe, a quem amo e admiro, pela coragem e o destemor com que enfrentou e ainda enfrenta os desafios da vida, sem deixar de lado seus ideais de justiça e liberdade.

A meu pai, “heroico e retumbante”, por ter me ensinado a combater o bom combate, sem transigir com valores éticos e morais, ciente do propósito maior da vida e dos princípios humanísticos que devem orientá-la.

São grandes lições que carregarei sempre comigo.

Primeiramente, agradeço aos meus irmãos, Pedro e Gabriel, sempre atenciosos, pelo amor e carinho com a irmã caçula.

Agradeço também aos meus sobrinhos, Joao Gabriel e Carolina, que enchem a minha vida de alegria e felicidade.

Por fim, agradeço, sem exceção, a todos os amigos e familiares, que sempre me apoiaram e estiveram ao meu lado, pela amizade e dedicação.

RESUMO

Esta monografia aborda o problema resultante da ausência de regulamentação da insolvência transnacional no Brasil. O processo de globalização viabilizou a intensificação das relações comerciais internacionais, culminando com o surgimento dos grandes grupos econômicos, com sociedades atuantes em diversos países. Assim, como outras grandes economias mundiais, o Brasil hoje faz parte desta realidade. Atualmente, inexistente legislação brasileira específica para tratar da insolvência transnacional, o que gera muitas incertezas e insegurança jurídica. Com isso, o enfoque do estudo passa a ser a necessidade de criação de legislação específica para regular a insolvência internacional. Neste sentido, são apresentadas as diferentes abordagens existentes, através dos modelos teóricos desenvolvidos no meio acadêmico, para lidar com falências transnacionais. O trabalho, então, se concentra de forma mais analítica nas duas maiores correntes teóricas sobre o assunto: os modelos territorialista e universalista. Logo após, são descritas algumas experiências do direito comparado seguidas de um retrospecto sobre a história legislativa brasileira, sobre o tema de interesse. Por fim, um caso é trazido à colação como forma de elucidar o conteúdo dissertado e auxiliar na busca por respostas que indiquem a melhor forma de enfrentar a polêmica questão das falências transnacionais.

PALAVRAS CHAVE: Insolvência Transnacional. Grupos econômicos. Territorialismo e Universalismo. Necessidade de regulamentação. Grupo OGX.

ABSTRACT

This thesis addresses the problem that arises from lacking regulations in transnational insolvency in Brazil. The process of globalization has intensified international trade relations, culminating in the emergence of multinational corporations with transnational operations. Currently, there are no specific Brazilian laws to deal with transnational insolvency, which causes significant uncertainty and legal distrust. As a result, the research surrounds the need to create a set of specific laws to regulate transnational insolvency. In this light, the thesis explores the leading theoretical models proposed to deal with transnational insolvency: the territorialist model and the universalist model. The work then examines examples of comparative law followed by a retrospective legislative history of Brazil's transnational insolvency. Finally, a case is made to elucidate the content presented and assist in finding solutions to better address the controversial issue of transnational bankruptcy.

KEY WORDS: Transnacional insolvency. Multinational corporations. Territorialist e Universalist. Need for regulation. Grupo OGX.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Capítulo 1 - GRANDES MODELOS TEÓRICOS: TERRITORIALISTA E UNIVERSALISTA	14
1.1 Territorialismo	20
1.2 Universalismo	24
1.3 Modelos mistos.....	30
Capítulo 2 - DIREITO COMPARADO	33
2.1 UNCITRAL.....	33
2.2 Chapter 15.....	36
Capítulo 3 - A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: UMA LACUNA A SER SUPRIDA	40
3.1 Normas esparsas.....	40
3.2 O Código de Bustamante	42
3.3 O Código de Processo Civil de 1939	43
3.4 O Código de Processo Civil de 1973	44
3.5 Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).....	46
3.6 A Lei de Falências – Lei nº 11.101/05	47
3.7 Projeto de Código Comercial	50
Capítulo 4 - O CASO OGX.....	54
CONCLUSÃO	61
BIBLIOGRAFIA	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a regulamentação da insolvência transnacional no âmbito dos processos de recuperação judicial no território brasileiro. Entende-se por insolvência transnacional aquela em que um devedor possui bens ou veículos societários em mais de um Estado.

Com a internacionalização das empresas e o incremento nas relações interempresariais mundo afora — o que foi possível em virtude da globalização e da conseqüente transposição de barreiras físicas e geográficas — verificou-se a composição de um verdadeiro mercado global. As sociedades, para adaptarem-se a esta nova realidade, expandiram suas atividades em escala mundial¹. Mediante novas e complexas formas societárias, constituíram subsidiárias afiliadas e *subholdings* para explorar atividades econômicas nos mais diversos países. Buscaram, assim, dentre outros objetivos, diversificar suas atividades, reduzir riscos, captar investimentos, abranger novos mercados e acirrar a competitividade através da contratação de mão-de-obra mais barata. Surgiram, então, os conglomerados e grandes grupos econômicos, formados por sociedades que embora submetidas a controle comum, gozam de patrimônios e personalidades distintas.

Verificou-se uma intensa difusão de grupos societários constituídos sob uma estrutura organizacional complexa, englobando uma série de outras empresas a eles vinculados econômica ou societariamente².

As empresas multinacionais — empresas americanas, europeias, asiáticas, brasileiras, que atuam direta ou indiretamente para além das fronteiras de seus países — enxergaram nestes modelos societários mais complexos, em que se verifica a existência de uma controladora e várias coligadas ou subsidiárias, a forma ideal para fomentar sua expansão. Hoje, tais grupos plurissocietários³ atuam como verdadeiros protagonistas no mercado global, alastrando seu poderio pelos mais diversos países através de *subholdings*, subsidiárias, coligadas e afiliadas.

¹ BREWERTON, F. J. & LEMASTER, Jane. “**Toward Universalism in International Bankruptcy Law: Foundations for Strategy Formulation in Selected Countries**”. *Journal of Business & Economics Research*, Vol. 1, nº 9 (2003), p. 98.

² ANTUNES, José Engrácia. **Os Grupos das Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária**, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 62.

³ Ibid., p. 62.

Com efeito, o Brasil ocupa atualmente, no ano de 2014, a 7ª posição no ranking das maiores potências econômicas⁴ e ostenta um papel de grande destaque no cenário mundial. Análises estimam um futuro extremamente promissor para o país⁵. Além de ter estabelecidas em seu território inúmeras subsidiárias estrangeiras, a participação das multinacionais brasileiras na economia global já pode ser considerada representativa.

De acordo com um relatório elaborado pela Fundação Dom Cabral (FDC) a primeira colocada do ranking das Multinacionais Brasileiras é a JBS S.A.⁶, com um índice de internacionalização de 58,9%, seguida da Gerdau S.A (54,2%) e Stefanini S.A. (49,6%). A Vale S.A., por sua vez, é a empresa que está presente em mais países, 31 no total. A JBS tem o maior índice de funcionários em solo estrangeiro. A pesquisa também elencou as franquias brasileiras mais internacionalizadas — Showcolate (8,7%), LinkWell (8,4%) e Localiza Rent a Car (7,6%) são as três primeiras colocadas⁷.

Tais fatos, impensáveis tempos atrás, representam um desafio ao sistema jurídico. Isto porque as normas societárias e falimentares foram elaboradas num contexto em que as empresas eram estruturadas de forma mais simples, correspondendo a uma única pessoa jurídica, diferentemente da realidade vivenciada nos dias atuais, em que os grupos econômicos protagonizam a economia global⁸. As várias personalidades jurídicas enfeixadas sob um único comando aumentam em muito a complexidade e o desafio a serem encarados

⁴ Cebr's World Economic League Table. 26 December 2013. p. 13. O relatório lista as 30 maiores economias do mundo a partir do tamanho de seu PIB nominal. Dado obtido no site do Centre for Economics and Business Research - CEBR. Disponível em: <http://www.telegraaf.nl/incoming/article22168758.ece/BINARY/+Cebr+World+Economic+League+Table-2013.pdf> cf. também <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/30/ranking-do-banco-mundial-traz-brasil-como-a-7-maior-economia-do-mundo.htm>

⁵ De acordo com o Cebr's World Economic League Table, O Brasil deve se tornar a quinta maior economia do mundo até 2023, atrás apenas de Estados Unidos, China, Japão e Índia, segundo projeções do Centro de Pesquisa Econômica e de Negócios. Dado obtido no site do Centre for Economics and Business Research - CEBR. Disponível em: <http://www.telegraaf.nl/incoming/article22168758.ece/BINARY/+Cebr+World+Economic+League+Table-2013.pdf>

⁶ JBS S.A. é uma sociedade brasileira fundada em 1953. A companhia opera no processamento de carnes bovina, suína, ovina e de frango. Paralelamente, comercializa produtos da áreas de alimentos, couro, biodiesel, colágeno, embalagens metálicas e produtos de limpeza. A JBS é a maior exportadora do mundo de proteína animal, vendendo para mais de 150 países. O grupo controla marcas como Swift, Friboi, Maturatta, Cabana Las Lilas, Pilgrim's, Gold Kist Farms, Pierce e 1855. Disponível em: http://www.jbs.com.br/pt-br/sobre_jbs

⁷ O levantamento considerou dados relativos a 2012. No cálculo do nível de internacionalização uma empresa, são levados em consideração três critérios: ativos, receita e número de funcionários. Índice de internacionalização é obtido através da comparação entre os números das empresas correspondentes a cada um dos fatores no Brasil e no exterior por meio de uma divisão. Após, os resultados são somados dando origem ao índice de internacionalização das firmas. Disponível em: <http://www.fdc.org.br/imprensa/Paginas/noticia.aspx?noticia=19>

⁸ ANTUNES, José Engrácia. (2005). "**Estrutura E Responsabilidade Da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório**". *Revista Direito GV*, Vol. 1, nº 2, 029-068, p. 29-35.

pelos juristas na tentativa de fornecer soluções jurídicas idôneas aos problemas de direito societário, máxime na área do direito falimentar internacional.

Para lidar com essa nova realidade, portanto, é imprescindível que o direito acompanhe essas mudanças, fornecendo um arcabouço normativo capaz de trazer respostas aos conflitos que daí possam decorrer.

Não raros são os casos em que uma empresa entra em apuros e passa por dificuldades financeiras pelos mais diversos motivos, seja por uma crise econômica, seja por má gestão, etc. Nesses casos, entra em cena o instituto da recuperação judicial (ou extrajudicial, a depender do caso). Mas o que fazer quando a crise acometer uma dessas empresas multinacionais ou grupos econômicos, com atuação transfronteiriça? Ou, ainda, o que fazer quando a crise acometer uma empresa estrangeira com bens no território nacional?

Apesar da relevância e do lugar de destaque hoje ocupado pelo Estado brasileiro no cenário mundial⁹, há um vácuo normativo no sistema jurídico nacional, no que tange à disciplina falimentar transnacional. Neste sentido, o ordenamento pátrio é de pouca, quiçá nenhuma valia ao operador da lei, pois não há atualmente diploma normativo algum que regule a matéria falimentar transnacional.

Na esteira do direito anterior, a lei de falências hoje em vigor é silente sobre a temática em comento, não trazendo uma linha sequer sobre processos que envolvam casos de insolvência transnacional. Como observa CAMPANA¹⁰, o direito brasileiro parece ignorar que as sociedades nacionais possam ter relações econômicas ou societárias com outras, estabelecidas no estrangeiro. Tal fato acaba por elevar o nível de insegurança do empresariado nacional e estrangeiro, dificultando, inclusive, a captação de recursos e investimentos.

As normas sobre direito falimentar são de inegável relevância, tendo em vista serem pautadas na noção elementar de que uma empresa em funcionamento será, via de regra, de

⁹ SANTISO, Javier. “**The Emergence of Latin Multinationals**”. *CEPAL Review*, nº 95, p. 7-30, 2008

¹⁰ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: Contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado**, 2013. Tese - Universidade de São Paulo, p. 14.

maior valor à sociedade do que uma empresa falida¹¹. Há, ademais, outras questões que acabam por corroborar a relevância desta disciplina tais como a preservação de empregos, a prevenção de fraudes, a fomento da economia, etc.

Sendo o direito brasileiro calcado no princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário (art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88), a falta de normatização específica e a ausência de disciplina legislativa não eximem o intérprete da lei, notadamente o magistrado, da construção de uma resposta para a questão da insolvência transnacional, problema que se impõe de forma muito evidente.

Tome-se como exemplo, para ilustrar, o recente caso das sociedades do Grupo OGX. O pedido de recuperação judicial do grupo OGX¹² foi impetrado em nome de quatro sociedades: OGX Petróleo E Gás Participações S/A, OGX Petróleo E Gás S/A, OGX International GMBH e OGX Áustria GMBH, sendo as duas últimas sociedades austríacas.

O pleito recuperatório, considerado o maior já visto na América Latina, abrangia, duas sociedades estrangeiras: OGX Internacional e OGX Áustria. O que fazer em um caso como este? Admitir o pedido de recuperação judicial englobando no favor legal duas empresas estrangeiras?

A 2ª Promotoria de Justiça de Massas Falidas do MP/RJ manifestou-se prontamente pelo indeferimento do processamento da referida recuperação judicial, no que diz respeito às sociedades austríacas. A posição adotada pelo representante do órgão ministerial foi no sentido de que o pedido de recuperação, no que se referia às empresas estrangeiras deveria se dar em seu país de origem, já que seus credores, detentores dos *bonds* (títulos de dívida) emitidos na Áustria, possuíam domicílio no exterior¹³. Salientou, ainda, o parecer, inexistir, na legislação brasileira, “mecanismo de cooperação internacional ou legislação própria que possibilite o processamento de uma recuperação multinacional por Juízo brasileiro”¹⁴.

¹¹ KREILE, Ruber David. “A Falência Internacional”. *Revista dos Tribunais*, Vol. 888, SP, Out 2009, p. 80.

¹² Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001, em curso perante a 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

¹³ Parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de 07.11.13, nos autos da recuperação judicial nº 0377620-56.2013.8.19.0001, em curso perante a 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

¹⁴ Parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de 07.11.13, nos autos da recuperação judicial nº 0377620-56.2013.8.19.0001, em curso perante a 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Com esteio no parecer ministerial, o referido pedido foi, inicialmente, deferido tão somente em relação às duas primeiras impetrantes OGX Petróleo e Gás Participações S/A, OGX Petróleo e Gás S/A, sociedades sediadas no Brasil. As duas últimas impetrantes, ambas subsidiárias integrais da primeira impetrante (OGX Petróleo e Gás Participações S/A), foram excluídas do procedimento¹⁵.

Ocorre que, no caso em tela, as duas empresas estrangeiras subsidiárias, que tiveram o pedido de recuperação judicial indeferido, operavam apenas e tão somente em função da controladora, servindo como veículos das sociedades brasileiras para a emissão de títulos de dívidas e recebimento de receitas no exterior, visando o financiamento das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil.

Todavia, sendo tais sociedades não operacionais, entendeu a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ser possível englobar dentro de um mesmo processo de recuperação judicial os credores nacionais e estrangeiros, aumentando consideravelmente as chances e a possibilidade de recuperação do grupo OGX¹⁶.

A compreensão do caso pressupõe a análise dos limites teóricos e legislativos que circunscrevem a matéria. Com efeito, exsurge como problema geral de pesquisa, saber-se qual a melhor forma de resolução de problemas envolvendo insolvência internacional. Para tanto, impõe-se que se investigue quais as teorias do direito falimentar internacional capazes de oferecer possíveis respostas ao tema *sub censura*..

Na literatura de direito concursal, há duas correntes a oferecer soluções distintas e excludentes entre si. De um lado, há a corrente territorialista, a defender a instauração de processos concursais distintos em cada Estado onde houver bens ou credores do devedor, de outro, há a corrente universalista, a sustentar a abertura de um procedimento uno, o qual deverá abranger todo e qualquer bem e credor do devedor, independentemente de sua localização. Na segunda hipótese ter-se-ia, um único órgão jurisdicional com competência para processar a falência ou a recuperação judicial, englobando todo o patrimônio do devedor,

¹⁵ Decisão proferida pelo MM. Juiz Gilberto C. Farias Matos, em 21.11.13, nos autos da recuperação judicial nº 0377620-56.2013.8.19.0001, em curso perante a 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

¹⁶ Acórdão no agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000 TJRJ, j. em 19/02/2014, v.u., rel. Des. Gilberto Guarino.

ainda que situado em outros países. Este tema será objeto do Capítulo 1, intitulado “Grandes modelos teóricos: territorialista e universalista”.

A dualidade territorialismo-universalismo é concretizada de modos distintos. No direito comparado, encontram-se diferentes soluções sobre problemas de insolvência transnacional. Neste trabalho, serão analisadas as experiências da Lei Modelo da UNCITRAL sobre insolvência transnacional e do *Chapter 15* do *Bankruptcy Code* norte-americano, no Capítulo 2, sob o título “Direito comparado: algumas experiências internacionais”.

Adiante, o presente trabalho investiga a insolvência transnacional no direito positivo vigente, após a apresentação da evolução da história legislativa sobre o tema no Brasil. A ausência de normas de direito concursal internacional é uma marca que deve ser compreendida e superada. No direito brasileiro, há a iniciativa legislativa do projeto de Código Comercial, que traz as regras sobre o tema em relevo, em seu Título IV - Da Falência e da Recuperação Judicial Transnacionais, abrangendo os arts. 1.059 a 1.080. A questão da disciplina da falência transnacional no direito vigente e projetado brasileiro será abordado no Capítulo 3, intitulado “A Experiência Brasileira: uma lacuna a ser suprida”.

Uma vez compreendidos os limites teóricos e legislativos da matéria relativa à insolvência transnacional, passa-se à análise do caso OGX, no Capítulo 4, seguindo-se-lhe capítulo conclusivo sobre o estudo aqui desenvolvido.

Capítulo 1 - GRANDES MODELOS TEÓRICOS: TERRITORIALISTA E UNIVERSALISTA

A teoria do direito das insolvências transnacionais surgiu, no campo acadêmico, em meio ao debate envolvendo duas grandes correntes que se contrapõem de forma muito evidente¹⁷. Conforme observa CAMPANA¹⁸, tal debate adquiriu um viés muito teórico tendo em vista que, à época de seu surgimento, falências e recuperações judiciais transnacionais eram quase que inexistentes, de modo que debates se davam, de um modo geral, em torno de casos hipotéticos e elucubrações de estudiosos da época.

O desenvolvimento da globalização¹⁹, notadamente após a Segunda Guerra, conduziu a um aumento expressivo do volume de transações comerciais internacionais com a ampliação geográfica do âmbito de atuação das empresas, que passaram a atuar em diversos países, por meio de subsidiárias²⁰. A internacionalização das economias e a eliminação das barreiras ao comércio internacional viabilizaram uma maior integração dos mercados, tornando comum a existência de empresas interessadas em expandir seus negócios e corpo societário ao redor do globo.

De um modo geral, a prática empresarial econômica deixou de ser baseada em um modelo eminentemente unissocietário, constituído pelas tradicionais sociedade individuais, cuja atuação antes se via limitada ao âmbito de um único país, passando a refletir a realidade contemporânea composta por grupos e empresas essencialmente plurissocietárias²¹. São esses grupos que hoje protagonizam a cena na economia mundial.

Atualmente, as barreiras que separam os países são estranhas às grandes grupos societários que atuam livremente no mercado mundial. As fronteiras geográficas são observadas pelos Estados e seus poderes, não pelos grandes grupos econômicos do mundo capitalista. A ampliação do âmbito geográfico de atuação dessas sociedades empresárias

¹⁷ MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**. 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1539391> p. 4.

¹⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 84.

¹⁹ “Como salienta Jean-Philippe ROBÉ, a globalização da economia constitui um fenômeno dos tempos modernos que outra coisa não é senão o resultado da globalização das próprias empresas” - ANTUNES, José Engrácia (2005). Op.cit., p. 55.

²⁰ ANTUNES, José Engrácia. (2005). Op.cit., p. 35-36.

²¹ ANTUNES, José Engrácia. (2005). Op.cit., p. 35-36.

conduziu inexoravelmente ao surgimento de casos de insolvência transnacional²². Com isso, em meados do século XXI²³, se tornou algo mais recorrente e comum a ocorrência de um caso falimentar envolvendo uma empresa com atuação multinacional e de estrutura societária mais elaborada, com subsidiárias e filiais espalhadas por países ao redor do mundo.

Em janeiro de 2004, após o ajuizamento da administração extraordinária (amministr'l'azione straordinaria) da Parmalat SpA em Parma, na Itália, o Bank of America NA ajuizou um pedido de liquidação (liquidation) da Eurofood — subsidiária integral da Parmalat SpA — perante a High Court da Irlanda. Após o início do processo irlandês, o administrador judicial da Parmalat SpA requereu ao juízo de Parma a administração extraordinária da Eurofood. O juízo italiano designou audiência para ouvir as partes interessadas. Tendo em vista o não comparecimento dos credores, a Eurofood foi admitida no processo de recuperação da Parmalat, tendo em vista seu vínculo indissociável como sociedade daquele grupo societário. O Juízo irlandês, contudo, negou o reconhecimento do processo de insolvência da Eurofood aberto em Parma, entendendo que o centro dos principais interesses (COMI – na sigla em inglês) da referida sociedade se encontrava na Irlanda (local da sede estatutária e da administração dos seus interesses). A questão, então, foi submetida ao Tribunal Europeu, que decidiu que mesmo nos casos em que o devedor seja uma subsidiária de outra sociedade, a definição do “centro de interesses principais” (COMI) será, via de regra, definido com base na sede estatutária²⁴.

Outro caso emblemático foi o referente à empresa de aviação Varig. Apenas oito dias após a entrada em vigor da nova lei de falências, foi impetrado o pedido de recuperação judicial das sociedades Varig S.A, Nordeste Linhas Aéreas S.A. e a Rio Sul Linhas Aéreas S.A. O caso foi pioneiro, na medida em que inaugurou um processo de cooperação, através da iniciativa do juízo do Rio de Janeiro, ensejando por assim dizer um intercâmbio com a Corte de Nova York. Foi ajuizado no Estado norte-americano um processo auxiliar ao brasileiro, com base na extinta *Section 304 do Bankruptcy Code*. O objetivo era evitar a execução de pedido de arresto de aviões em solo americano, por empresas de leasing. O tribunal de Nova York, em cooperação com o Judiciário brasileiro, proferiu decisão protegendo as aeronaves da

²² BREWERTON, F. J. & LEMASTER, Jane. Op.cit., p. 98.

²³ ANTUNES, José Engrácia. (2005). Op.cit., p. 35.

²⁴ Samuel L. Bufford. “Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice”. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 27, 351 (2006-2007).

ordem de arresto. Certo é que, mesmo sem previsão no direito brasileiro, a cooperação foi exitosa e fundamental à tentativa de recuperação da empresa.

Merece reflexão, de igual modo, o que sucedeu no caso da OGX. O pedido de recuperação judicial em trâmite perante a 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, foi deferido em 25 de novembro de 2013 relativamente às sociedades OGX Petróleo e Gás Participações S/A, OGX Petróleo e Gás S/A. Entretanto, como já assinalado, em 03 de dezembro do corrente do mesmo ano, o Juiz Gilberto Clovis Farias Matos rejeitou o pedido de recuperação das sociedades estrangeiras, OGX International GMBH e OGX Áustria GMBH, sob o fundamento de que estas não se submetem à legislação brasileira. Contudo, já se sabe, o desembargador Gilberto Guarino, da 14ª Câmara Cível, proferiu decisão determinando que todas as empresas do grupo OGX constassem do processo de recuperação judicial.

Como solucionar casos como estes, que não respeitam fronteiras geográficas, repercutindo em diferentes jurisdições? A resposta a tal indagação pode partir de dois grandes modelos teóricos existentes sobre o tema, quais sejam, as correntes universalista e territorialista.

O universalismo pode ser definido como o modelo teórico que prevê a existência de um único procedimento de insolvência (princípio da unidade), o qual deverá abranger todo e qualquer bem do devedor, independentemente de sua localização²⁵. Em tal contexto, apenas um órgão jurisdicional deterá competência para processar a recuperação judicial, abrangendo todo o patrimônio do devedor, ainda que situado em outros países. Neste cenário tem-se a aplicação do princípio da *lex fori concursus* em âmbito global (princípio da universalidade), já que as normas vigentes no país onde se processa a recuperação são aplicáveis em escala global.

Por outro lado, a corrente territorialista baseia-se na ideia de soberania nacional, onde as normas que disciplinam os processos de insolvência possuem validade única e exclusivamente dentro das respectivas fronteiras estatais. Com isso, tem-se a instauração de tantos juízos falimentares quantos forem necessários para administrar o patrimônio do devedor: em todo estado em que o devedor possuir bens ou filiais poderá ser iniciado um

²⁵ TRAUTMAN, Donald T., WESTBROOK, Jay L. & GAILLARD, Emmanuel. “**Four Models of International Bankruptcy**”. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 41, 573, 620 (1993), p. 575-576.

procedimento falimentar próprio²⁶. Este modelo pauta-se pelos princípios da pluralidade (vários processos de insolvência) e da territorialidade (normas terão sempre aplicação restrita ao estado de onde provierem).

Não há, nem mesmo no campo teórico, no mundo das ideias, um modelo perfeito imune a críticas e que não possa ser aprimorado. Certamente ambos os modelos possuem pontos a serem louvados e outros a serem repensados²⁷.

Ainda assim, pode-se dizer que existe entre os acadêmicos e teóricos certa predileção pelo modelo universalista²⁸, graças à sua justiça e à eficiência de seus resultados. Com efeito, a existência de um único procedimento de insolvência e uma única legislação aplicável a todos os credores (nacionais ou estrangeiros) viabiliza a arrecadação integral do patrimônio devedor e a sua posterior distribuição equitativa e proporcional em âmbito mundial. O respeito ao princípio *par conditio creditorum* que deve orientar o direito falimentar restaria, ao menos em tese, completamente assegurado em âmbito global.

O regime universalista, como bem observado por MENDONÇA²⁹, não atende à falência no interesse especial de cada país, mas no interesse geral de todos. Trata-se de modelo tido como extremamente eficiente. Sua adoção, além de promover a redução dos custos procedimentais da falência (por haver um único processo de insolvência), e maximização dos resultados (em razão da centralização da administração) evita que sejam proferidas decisões contraditórias. Essas características tornariam o universalismo o modelo teórico ideal à recuperação de grupos econômicos e multinacionais.

Muito embora seja possível elencar todos esses benefícios, o modelo em comento não é imune a críticas. Uma das principais questões a respeito do universalismo é a dificuldade em se definir qual o juízo universal competente para processar a falência ou a recuperação

²⁶ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “**The Legal Framework For Cross-Border Insolvency In Brazil**”. *Houston Journal Of International Law*, Vol. 32:1, p. 104.

²⁷ CLARK, Leif M. Clark e GOLDSTEIN, Karen. “**Sacred Cows: How to Care for Secured Creditors’ Rights in Cross- Border Bankruptcies**”. *Texas International Law Journal*, Vol. 46, 513, (2011), p. 516.

²⁸ Dentre seus defensores, podemos citar baluartes do direito internacional como Friedrich Carl von Savigny (Sistema de Direito Romano Atual), André Weiss (Quelques Mots sur la Faillite des Commerçants en Droit International Privé) e Antonio Sanches y Sirven (Derecho Internacional Privado).

²⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Vol. 8, Livro 5, 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 460 - *apud* CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: Contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado. 2013. Tese - Universidade de São Paulo.

judicial. Qual o critério a ser adotado? Seria a sede estatutária, o principal estabelecimento do devedor, o centro da administração, ou local onde a empresa possui a maior parte do patrimônio? Essas incertezas com relação ao elemento de conexão acabam por gerar considerável insegurança jurídica.

Soma-se a isto o fato de que o modelo universalista — sustentam alguns — permite que o devedor manipule a escolha do foro competente para a instauração do processo de falência ou de recuperação judicial: o famigerado *forum shopping*³⁰. Neste sentido salientam SATIRO e CAMPANA FILHO³¹ que o territorialismo é justificável de um ponto de vista pragmático: já que blinda a autoridade dos juízes de cada Estado, protege os credores locais e dificulta o *forum shopping*³².

Outro grande desafio que se apresenta à implementação do universalismo é o princípio da soberania estatal³³. Este modelo envolve uma questão diplomática: é necessário que os tribunais dos diferentes países estejam dispostos a cooperar com o juízo universal onde se desenvolve o procedimento falimentar. Pressupõe-se uma boa relação e um alto nível de confiança entre os Estados envolvidos. Afinal, o pressuposto deste modelo teórico é que normas e decisões tomadas no foro onde se processa a falência tenham eficácia

³⁰ Já houve casos em que a fraude na escolha do foro competente ficou evidenciada: “Cases such as *Maxwell*, *BCCI*, and *Eurofood* are plain illustrations of the choice of forum troubles prevalent in a universalism system. Territoriality is not, of course, completely immune to forum shopping, but it does dramatically reduce its incidence. This protection against manipulation is probably the *pièce de résistance* of the territorial model. Under a territorial system, there is the possibility of transferring assets from one country to another; however, that is a much more difficult and limited manipulation measure.” - Cf. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “**The Legal Framework For Cross-Border Insolvency In Brazil**”. *Houston Journal of International Law*, Vol. 32, p. 105.

³¹ SATIRO, Francisco e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A Insolvência Transnacional: Para Além da Regulação Estatal e na Direção Dos Acordos de Cooperação**. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Org.). *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, 1ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 121-142.

³² Importante ressaltar o entendimento contrário no sentido de que o territorialíssimo daria maior margem ao *forum shopping*. Neste sentido: “Por outro lado, este critério propicia estratégias de *forum shopping* por parte de sociedades na proximidade da insolvência, uma vez que estas poderão deslocar os seus bens para ordenamentos jurídicos com regimes mais vantajosos” – cf. FERREIRA, Cátia Filipa da Silva. **A Responsabilidade Dos Administradores E Gerentes Na Insolvência Transfronteiriça – A Problemática do Forum Shopping**. Dissertação de Mestrado - Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2012, p. 13.

³³ Sobre a dificuldade da adoção do sistema universalista, salienta KIPNIS: “This idyllic proposal is recognized, even by its proponents, as unworkable in the current world circumstances and incompatible with the notion of sovereignty. Desire to protect sovereignty leads countries – even those with universalist leanings – to adopt limits on their cooperation with foreign proceedings much like the United States did before the adoption of the UNCITRAL Model Law, and continues to do today.” – KIPNIS, Alexander M. “**Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency**”. *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 36, 156 (2006). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=913844>, p. 173.

extraterritorial, ainda que se mostrem menos favoráveis aos credores locais que as normas de seus respectivos países.

O territorialismo, por sua vez, garante uma maior proteção dos pequenos credores locais³⁴. Para seus defensores, a teoria territorialista enseja processos mais simples e, portanto, mais rápidos e eficientes, gerando menos custos para os credores do que um único processo de âmbito universal³⁵. Confere, pois, na prática, maior proteção aos credores locais, que não precisam se habilitar em um processo de insolvência no estrangeiro, com todos os gastos, obstáculos linguísticos e outros inconvenientes daí decorrentes, para terem uma perspectiva de satisfação de seus direitos creditórios.

Há quem sustente, como característica negativa da territorialidade, o estímulo do legislador local a favorecer os credores domésticos, em detrimento dos estrangeiros³⁶, através do regime de insolvência³⁷. Por isso, a territorialismo chega a ser pejorativamente apelidado de “*grab rule*”³⁸, haja vista seu poder de influenciar uma corrida dos credores para iniciar

³⁴ Neste sentido: “The first approach, ‘*territorialism*’, is explained as the ability for the State and creditors of the company to grab all assets located on the domestic soil. It applies local and national solutions to the problems of insolvency, limiting the influence of foreign creditors and usually denying them the same rank as national creditors. It is a simple solution, offering the most protection for national creditors (including employees) and lowered costs despite a multiplicity of proceedings.” – cf. MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**. 2010. p. 4. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1539391>.

³⁵ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 88

³⁶ Neste sentido: “The first approach, ‘*territorialism*’, is explained as the ability for the State and creditors of the company to grab all assets located on the domestic soil. It applies local and national solutions to the problems of insolvency, limiting the influence of foreign creditors and usually denying them the same rank as national creditors. It is a simple solution, offering the most protection for national creditors (including employees) and lowered costs despite a multiplicity of proceedings.” – cf. MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**. 2010. p. 4. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1539391>

³⁷ FERREIRA, Cátia Filipa da Silva. **A Responsabilidade dos Administradores e Gerentes na Insolvência Transfronteiriça – A Problemática do Forum Shopping**. Dissertação de Mestrado - Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2012. p. 13.

³⁸ Conforme salienta Ruy Amaral Andrade: “This system is also known as “the grab rule”, referring to the fact that each court would seize as many assets as possible in order to pay off the local creditors. This expression is mostly used as a way of criticism, as it highlights the non-cooperative core of the territorialist system”. (ANDRADE, Ruy Amaral. **Universalism and Territorialism in Transnational Bankruptcy Cases**. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Paper%20-%20Ruy%20Andrade.pdf>) p. 3) Ver também neste sentido Campana Filho: “‘Universalism’ And ‘Territorialism’ In Transnational Bankruptcy Cases. Territorialism, or territoriality, is the opposite model. Under a territorial system, countries have exclusive jurisdiction over the assets located within their territories. This model is also sometimes depreciatively called ‘the grab rule,’ which implies that national courts grasp the assets within their reach. (...) Professor LoPucki emphasizes the opposite model, the system that he calls cooperative territoriality. The idea behind such a system is that the concept of territoriality in cross-border insolvency proceedings would become so dilapidated that the territory-based multiple insolvency proceedings would become uncoordinated and non-cooperative-courts would just ‘grab’ all assets within reach and distribute them among local creditors, frustrating any kind of international

procedimentos distintos, cada qual em seu respectivo país, e arrecadar o máximo de bens no menor tempo possível³⁹.

Muito embora os modelos acima examinados continuem representando um paradigma no debate sobre insolvência transnacional, surgem, com maior consistência, modelos alternativos, mistos, baseados sobretudo na cooperação entre Estados⁴⁰.

Passa-se, agora, à análise mais circunstanciada e minudente de cada um dos modelos mencionados.

1.1 Territorialismo

O modelo territorialista é construído em torno da ideia da soberania estatal, de modo que a aplicação do ordenamento jurídico de um dado país não ultrapassa, de acordo com este modelo, os limites territoriais que o separa dos demais⁴¹. As normas falimentares serão aplicáveis dentro daquele território, sem produzir qualquer efeito para além de suas fronteiras⁴².

Assim, será necessária a instauração de tantos processos falimentares quantos forem os países em que o devedor possua bens ou direitos economicamente valoráveis e credores com passivos a serem habilitados⁴³. Se uma multinacional possuir dez filiais (subsidiárias ou afiliadas) em diferentes países, serão abertos, de acordo com o que apregoa o modelo territorialista, dez procedimentos falimentares distintos. Tais juízos serão independentes e aplicarão, cada qual, a lei de seu próprio país, seguindo a máxima *lex fori concursus*.

Com efeito, o territorialismo é, em verdade, muito mais uma realidade histórica resultante de opções políticas no sentido de negligenciar os matizes transnacionais da

teamwork.” – Cf. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “**The Legal Framework For Corssborder Insolvency In Brasil**”. *Houston Journal of International Law*. Fall 2009. Vol. 32:1, p. 8 e 13.

³⁹ BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L and CORNWELL, John D. “**A Look at Transnational Insolvencies and Chapter 15 of the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005**”. *Boston College Law Review*, Vol. 47, 23 (2005), p. 26.

⁴⁰ CLARK, Leif M. Clark e GOLDSTEIN, Karen. Op.cit., p. 517.

⁴¹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 102.

⁴² BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L and CORNWELL, John D. Op.cit., p. 27.

⁴³ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 102.

insolvência, do que um modelo teórico propriamente dito⁴⁴. Em verdade, seu surgimento não foi exatamente consequência de altos e complexos debates entre juristas e acadêmicos, mas algo natural, decorrente de uma decisão dos estados de ignorar a crescente internacionalização dos casos de falência e recuperação judicial.

Neste sentido, embora muitos teóricos e acadêmicos sejam favoráveis ao modelo universalista⁴⁵, o que se verifica nos países de um modo geral é uma abordagem mais territorialista do tema da insolvência transnacional. Nas palavras de KIPNIS⁴⁶, “until the recent times, universality remained a regime that was largely the ideal advanced by academics, but unimplemented by policymakers”.

A teoria territorialista sempre se mostrou mais conveniente às nações, na medida em que, sem a adoção de um regime comum para o direito falimentar transnacional (pressuposto universalista), os países preservam ao máximo sua soberania, aplicando suas próprias leis, sem qualquer risco de interferência externa. Por essa razão os Estados, de um modo geral, sempre se ativeram à noção territorialista, sem dar margem à defesa de um sistema com viés mais universalista⁴⁷, o que implicaria, naturalmente, na abdicação de parcela de sua autonomia e no comprometimento dos interesses nacionais.

Não obstante os motivos de natureza histórica e política que explicam a adoção em massa dos ensinamentos territorialistas, pode-se destacar também algumas vantagens que caracterizam a teoria em comento. O territorialismo é tido como um modelo apto a promover (i) previsibilidade e segurança jurídica; (ii) mais agilidade e menos gastos para os credores com o procedimento falimentar; (iii) proteção dos interesses das empresas e credores domésticos

O modelo territorialista destaca-se como sendo aquele capaz de fornecer maiores níveis de previsibilidade e segurança jurídica. Em tais condições, tanto o foro competente

⁴⁴ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 88.

⁴⁵ KIPNIS, Alexander M. in **Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency** (2006): “The advantages of universality, if realized, render universality a more efficient system that cuts administration costs and discourages harmful strategic behavior by debtors and creditors. It is precisely these advantages that have made universality the choice system in the academia” (p. 175).

⁴⁶ KIPNIS, Alexander M., Ibid, p. 172.

⁴⁷ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 88/172.

quanto a lei aplicável definem-se facilmente a partir da localização dos bens do devedor. De acordo com M. KIPNIS:

*“Territoriality is predictable because the identity of the court that will decide the disposition of a particular asset, and the law that the court will apply in its decision, are both determined from knowing a single piece of information: the location of that particular asset. (...) whenever a creditor relies on the debtor’s assets in extending credit, the location of those assets will, ex ante, enable the creditor to know the bankruptcy regime with which the creditor would need to contend. A universalist regime, on the other hand, would not offer such certainty, for both the reviewing court and the applicable law would be determined in accordance with criteria which are hard to evaluate ex ante”*⁴⁸. (sem grifos no original)

Ademais, o regime territorialista torna o procedimento falimentar mais simples. Cada tribunal limitar-se-á a aplicação do ordenamento jurídico interno, sem que haja necessidade de debruçar-se de forma exaustiva sobre as normas estrangeiras que tratam do mesmo tema nos outros países. De igual modo, tais tribunais preocupar-se-ão tão-somente com bens e processos que venham a surgir em sua jurisdição, o que reduz inevitavelmente o número de partes no procedimento, impugnações e audiências necessárias para resolver a questão. Neste sentido, há quem ressalte sua utilidade prática⁴⁹.

Além disso, em um processo local, como já sublinhado, os credores incorrem em menos gastos⁵⁰, sobretudo se comparado aos custos inerentes a um grande caso internacional de falência nos moldes universalistas. Assim, resta muito clara a proteção ao credor doméstico, ao qual se garante, invariavelmente, um fórum local⁵¹. Portanto, a não ser que o crédito perseguido exceda aquilo que seria recebido nos termos da lei doméstica, não será necessário que o credor reivindique valor algum no exterior. Com isso evita-se uma série de inconvenientes, como despesas com o deslocamento, contratação de especialistas no direito estrangeiro, obstáculos linguísticos, dentre outros⁵².

Como regra, a maior parte dos credores consegue ter seus créditos satisfeitos a partir dos bens do devedor que se encontram no próprio território onde foi instaurado o procedimento. Apenas alguns poucos credores locais, eventualmente inexatos na satisfação da totalidade de seus créditos, terão que se submeter às inconveniências e vicissitudes

⁴⁸ KIPNIS, Alexander M. Op.cit., p.168.

⁴⁹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 89.

⁵⁰ MASLIN, Jean-Philippe. Op.cit., p. 5.

⁵¹ TRAUTMAN, Donald T., WESTBROOK, Jay L. & GAILLARD, Emmanuel. Op.cit., p. 596.

⁵² CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 88.

advindas da habilitação em um processo falimentar estrangeiro. Neste sentido, conclui M. KIPNIS:

“[s]ome creditors’ claims can likely be satisfied in full — or close to full — solely with the domestic assets of the creditor. The remaining creditors will be fewer in number and will incur a lower total cost in asserting their claims in foreign countries”⁵³.

Cumpra observar, ainda, que o princípio territorialista resguarda as filiais da bancarrota econômica da matriz, na medida em que o juízo de cada Estado possui jurisdição exclusiva sobre os bens do devedor nele localizados⁵⁴, enquanto o universalismo — modelo em que um juízo universal tem jurisdição para administrar a toda insolvência — tem o condão de atingir filiais localizadas em outros países⁵⁵.

Já os críticos do territorialismo, destacam alguns pontos negativos⁵⁶ que depõem contra a adoção do modelo, ao menos na sua forma pura. Exemplificativamente, pode-se citar:

- (i) a existência de múltiplos procedimentos que se desenvolvem de forma paralela e independente podem levar a decisões conflitantes⁵⁷;
- (ii) a alienação desmembrada dos bens do devedor propicia à desigualdade no tratamento entre credores⁵⁸;
- (iii) pensamento estratégico do devedor para a escolha do fórum que lhe seja mais favorável (*fórum shopping*)⁵⁹;
- (iv) preferência dada aos credores domésticos em receber seus créditos com violação ao *par conditio creditorum*⁶⁰;
- (v) distorção da eficiência econômica⁶¹, na medida em que ao se privilegiar os credores domésticos, estes terão maiores chances de serem pagos, oferecendo taxas de juros mais baixas sobre os empréstimos ou operações financeiras⁶²

⁵³ KIPNIS, Alexander M., p. 170.

⁵⁴ LoPUCKI, Lynn M., “**The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy**”, *Michigan Law Review*, Vol. 98, 2216 (2000), p. 2.218.

⁵⁵ KIPNIS, Alexander M., Op.cit., p. 158.

⁵⁶ MASLIN, Jean-Philippe. Op.cit., p. 5.

⁵⁷ WESTBROOK, Jay Lawrence. “**Multinational Financial Distress: The Last Hurrah of Territorialism**”. *Texas International Law Journal*, Vol. 41, (2006), p. 326. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2195762>

⁵⁸ RASMUSSEN, Robert K. **Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering**. *Michigan Law Review*. Vol. 98, 2252 (2000), p. 7; cf. também MASLIN, Jean-Philippe – **The Effectiveness Of European Cross-Border Insolvency Regulation As A Tool Against Forum Shopping**, 2009 p. 5

⁵⁹ KIPNIS, Alexander M., Op.cit., p. 170.

⁶⁰ TOBLER, Claudia. “**Managing Failure in the New Global Economy: The U.N.C.I.T.R.A.L. Model Law on Cross-border Insolvency**”. *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 22, p. 389.

Por fim, um ponto a merecer especial destaque é a tendência de processos territorialistas levarem a liquidações ineficientes⁶³. Isto porque, muitas vezes, sociedades que valeriam mais quando alienadas em conjunto, são liquidadas separadamente (*piecemeal liquidation*), na medida em que cada Estado restringe-se ao procedimento falimentar local, administrando a parcela dos bens localizados em seu território. Essa divisão e distribuição fragmentada do patrimônio do devedor com base na localização dos bens reduz em muito o valor patrimonial do ativo do devedor, gerando uma perda econômica para todos os credores⁶⁴.

1.2 Universalismo

O princípio mais elementar do universalismo resume-se nas seguintes palavras: um país, um tribunal⁶⁵. Um único país — aquele em que o devedor possui seu centro principal de interesses⁶⁶ (COMI) — se responsabiliza pelo processamento da falência ou da recuperação judicial. O tribunal competente localizado neste país, então, terá controle sobre todos os bens do devedor, estejam eles localizados dentro ou fora dos limites territoriais do Estado administrador do procedimento falimentar. A corte local terá poderes para administrar a falência em nível global, contando com a eventual cooperação de tribunais estrangeiros, sempre que se fizer necessária⁶⁷.

Neste sentido, no bojo de um único procedimento, caberá a cada credor, seja qual for a sua nacionalidade ou o domicílio, habilitar o seu crédito perante o juízo falimentar universal. O julgamento do tribunal será definitivo, produzindo efeitos em escala mundial. Os bens que porventura se encontrem em outros países serão entregues ao juízo processante através de mecanismos de cooperação. Nenhum procedimento será iniciado fora do país original, exceto,

⁶¹ MASLIN, Jean-Philippe. Op.cit., p. 5.

⁶² Ibid.

⁶³ RASMUSSEN, Robert K., “Where are All the Transnational Bankruptcies?: The Puzzling Case for Universalism”. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 32, 983 (2007), p. 4.

⁶⁴ TUNG, Frederick, “Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations”. UC Berkeley Law and Economics Working Paper nº 2001-7, (April 4, 2001) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=267437> p. 1.

⁶⁵ Id. “Is International Bankruptcy Possible?” *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, P. 31, (2001). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=309779>, p. 10.

⁶⁶ A Lei brasileira refere a principal estabelecimento em seu art. 3º. A literatura tem recorrido a expressão para nela ler centro principal de interesses, a justificar a adoção de princípio universalista, a exemplo do que ocorreu no caso OGX. Assim, ver decisão Des. Gilberto Campista Guarino no agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000, TJRJ.

⁶⁷ KIPNIS, Alexander M., Op.cit., p. 172.

eventualmente, no caso em que se faça necessário estabelecer a cooperação com um país estrangeiro⁶⁸, como ocorre nos Estados Unidos, onde o *Chapter 15* do *Title 11* do *Bankruptcy Code* prevê mecanismos de cooperação entre as Cortes norte-americanas e representantes estrangeiros. Assim, inicia-se um procedimento paralelo naquele país para auxiliar um procedimento estrangeiro, ao qual ele se acha vinculado.

Tome-se assim como exemplo uma empresa em dificuldades situada no país X, com subsidiárias e filiais em outros países. Sendo o país X o centro dos principais interesses (COMI) da empresa em questão, sua falência ou recuperação judicial, quando analisada sob um enfoque universalista, não poderão ser requeridas em outro país que não o país X. Assim, o procedimento falimentar ocorrerá de acordo com as leis do país X e será processado por um de seus tribunais com jurisdição global para administrar o processo, abrangendo todos os bens do devedor, inclusive aqueles localizados em outros países. Para levar a cabo as decisões de efeitos extranacionais, o tribunal do país X dependerá, naturalmente, da cooperação dos tribunais dos demais países onde o devedor possui seus bens alocados.

A noção de centro principal de interesses (COMI) relaciona-se ao local da administração, ao local onde se encontram os bens da empresa⁶⁹. Tais critérios foram explorados no caso da OGX, de molde a viabilizar a aplicação da teoria universalista. Para obter o deferimento de pedido de recuperação judicial abrangendo as quatro sociedades, inclusive as austríacas, advogou-se que todas as sociedades do Grupo OGX eram “geridas e administradas de forma orgânica pelo mesmo corpo de executivos, todos residentes e domiciliados no Brasil, sendo este país, inquestionavelmente, o principal centro de negócios das 04 (quatro) agravantes”⁷⁰.

⁶⁸ McCORMACK, G. “**Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law**”. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32 (2), 325-347, (2012). p. 32

⁶⁹ Há basicamente três entendimentos sobre o conceito de principal estabelecimento. A primeira corrente define estabelecimento principal a partir da sede estatutária ou contratual, tal como definida no contrato social. A outra toma por base a sede administrativa, o local onde se dá efetivamente a atividade comercial. Finalmente, a corrente majoritária sustenta que o principal estabelecimento corresponde àquele com maior complexo de bens. No entendimento do Superior Tribunal de Justiça o principal estabelecimento é o centro vital das principais atividades do devedor. STJ/CC 37736 / SP - Julgamento em 11/06/2003: Ementa. Processo civil. Competência. Conflito positivo. Pedidos de falência e de concordata preventiva. *Principal estabelecimento. Centro das atividades*. Competência absoluta. Prevenção. Juízo incompetente. Sentença de declaração de falência prolatada por juízo diverso daquele em que estava sendo processada a concordata. Pedido de falência embasado em título quirografário anterior ao deferimento da concordata. Nulidade da sentença. - *O juízo competente para processar e julgar pedido de falência e, por conseguinte, de concordata é o da comarca onde se encontra "o centro vital das principais atividades do devedor"*, conforme o disposto no art. 7º da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) e o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

⁷⁰ Petição. Pedido de Recuperação Judicial OGX.

O interesse na aplicação da teoria universalista se justifica pelas muitas vantagens oferecidas. Exemplificativamente, podem ser elencadas as seguintes qualidades apontadas por aqueles que defendem este modelo teórico: (i) justiça e isonomia na distribuição dos créditos (ii) eficiência e alta relação custo-benefício (iii) previsibilidade e segurança jurídica; (iv) redução do risco de *forum-shopping*.

Dentre os vários defensores do sistema universalista, destacam-se Jay Lawrence Westbrook, Andrew Guzman, Todd Kraft e Allison Aranson⁷¹.

O universalismo é tido como mais justo e equitativo⁷² se comparado ao territorialismo. Assim, pelo ponto de vista universalista, credores não serão beneficiados ou prejudicados em virtude do local onde for ajuizada a recuperação judicial ou o pedido de falência. O conceito é pautado na existência de uma única administração falimentar na qual todos os credores, nacionais ou estrangeiros, terão o direito de habilitar o seu crédito⁷³. Resta, assim, assegurada a distribuição equitativa e proporcional do patrimônio do devedor em nível global. Leva-se, neste sentido, à última instância o princípio da isonomia no tratamento entre os credores, preservando-se o princípio do *par conditio creditorum*, tão caro ao direito falimentar.

Além disso, o universalismo também é considerado como o modelo mais eficiente e de maior custo benefício⁷⁴. Não trata simplesmente de menores gastos dos credores com a defesa de seus interesses, mas sobretudo custo do procedimento em si. É mais econômico o dispêndio com um único processo⁷⁵, pois evita-se a multiplicação de custos administrativos que vários procedimentos, em vários países, demandaria⁷⁶. A conta não é nada complexa: um

⁷¹ WESTBROOK, Jay Lawrence. “**Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Laws and Choice of Forum**”, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 65, 457, 461 (1991) (defendendo que no princípio universalista todos os créditos devem ser submetidos a uma administração comum no país onde se situa o principal centro de interesses do devedor); GUZMAN, Andrew T. “**International Bankruptcy: In Defense of Universalism**”, *Michigan Law Review*, Vol. 98, 2177, 2203 (2000) (argumentando que o universalismo é a melhor forma de reorganização em virtude da centralização dos bens do devedor em um único juízo falimentar); KRAFT, Todd e ARANSON, Allison. “**Transnational Bankruptcies: The Section 304 and Beyond**”, *Columbia Business Law Review*, Vol. 1993, 329, 336 (1993) (inferindo que a existência de um único procedimento reduz os custos administrativos e maximiza a eficiência).

⁷² ANDRADE, Ruy Amaral. **Universalism and Territorialism in Transnational Bankruptcy Cases**. Disponível em: <http://www.faculadebaianadedireito.com.br/images/a/Paper%20-%20Ruy%20Andrade.pdf> - p. 3.

⁷³ TRAUTMAN, Donald, WESTBROOK, T. Jay L. & GAILLARD, Emmanuel. Op.cit., p. 575-576.

⁷⁴ CHUNG, John J., “**The Retrogressive Flaw of Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A Lesson from Maritime Law**”. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 17, 253-304 (2007), p. 265.

⁷⁵ BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L. and CORNWELL, John D. Op.cit., p. 26.

⁷⁶ McCORMACK, G. (2012). Op.cit., p. 32.

único tribunal e um único administrador judicial, um único concurso de credores. Desta forma, já se eliminam vários custos de transação existentes em um processo envolvendo múltiplos tribunais e síndicos⁷⁷. Ademais, evita-se a chamada *piecemeal liquidation*⁷⁸, ou seja, a liquidação fragmentada dos bens, o que permite a preservação do *on going-concern value*⁷⁹ da sociedade e a maximização do valor do ativo a ser distribuído para todos os seus credores em caso de liquidação.

Adicionalmente, o universalismo é considerado o modelo capaz de promover maior previsibilidade e segurança jurídica⁸⁰, pois faz da norma do país, sede dos principais interesses da empresa, o padrão para governar eventual processo falimentar que venha a surgir em momento futuro. Assim garante-se previsibilidade aos credores⁸¹, reduzindo-se, por via reflexa, o custo do crédito e facilitando-se a atividade econômica. Evita-se, assim, que o credor tenha que ficar constantemente monitorando a localização dos bens do devedor e se resguardando sobre as normas aplicáveis a cada país para onde tais bens venham a ser deslocados⁸². Em suma, o universalismo torna completamente irrelevante a localização de tais bens⁸³.

Neste sentido, outra grande característica a ser ressaltada relativamente à teoria universalista é o fato de ela reduzir em muito, ou até mesmo suprimir, o *risco do fórum-shopping*⁸⁴. Isto porque a falência ou recuperação será necessariamente impetrada no país do devedor — onde este mantiver seu principal centro de interesses (COMI) — fato este conhecido de antemão por todos os potenciais credores, garantindo maior segurança e previsibilidade aos negócios e às relações jurídicas.

⁷⁷ BEBCHUK, Lucian Arye & GUZMAN, Andrew T. “**An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies**”. *The Journal of Law and Economics*, Vol. XLII, n° 2, 1999, p 782.

⁷⁸ KIPNIS, Alexander M., Op.cit., p. 170.

⁷⁹ On going-concern value refere-se ao valor de uma empresa como uma entidade operante. Este valor distingue-se do valor dos ativos de uma empresa liquidada, porque uma empresa operante tem a capacidade de continuar a ganhar lucro, enquanto uma empresa falida não. Ou seja, estabelece o valor da continuidade operacional da empresa, considerando-a como um ente vivo e dinâmico, o que lhe proporciona um valor econômico. Assim, ver JACKSON, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge MA: Harvard University Press (1986) p. 186.

⁸⁰ GUZMAN, Andrew T., “**International Bankruptcy: In Defense of Universalism**”. *Michigan Law Review*, Vol. 98, 2177, 2184 (2000), p. 2.207-2.208.

⁸¹ TRAUTMAN, Donald, WESTBROOK, T. Jay L. & GAILLARD, Emmanuel. Op.cit., p. 576.

⁸² TUNG, Frederick. Op.cit., p. 10.

⁸³ KENT, Anderson. “**The Cross Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience**”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 21, 679, 771 (2000), p. 681.

⁸⁴ MASLIN, Jean-Philippe. Op.cit., 2009.

Pertinente, neste sentido, a observação de M. KIPNIS⁸⁵

“If every debtor that perceived unfairness in its domestic system were able to file abroad merely by transferring a few assets to a friendlier country, it would be impossible for creditors to predict, *ex ante*, the nature of the regime that they would be subject to. *Universality discourages such behavior because it leaves bankruptcy proceedings to the debtor’s home country*, and consequently makes asset placement irrelevant for the choice of law that governs their distribution.” (sem grifos no original)

Em contrapartida, LoPucky⁸⁶ ressalta a ambiguidade do critério proposto pelos universalistas para estabelecer o foro competente, qual seja, o principal centro de interesses do devedor (COMI). Segundo ele, as empresas multinacionais não possuem, dada sua natureza, um país ao qual se possa atribuir o título de “*home country*”. Sua atuação global impede que este seja identificado com clareza, levando a uma indeterminação, muito fértil à prática do *forum shopping*⁸⁷. Assim, para LoPucki, a noção de principal centro de interesses (COMI) é tão vaga que permitiria a impetração do pedido recuperatório em qualquer lugar do mundo, já que seria impossível definir o Estado competente:

“Most of his attack is focused on the test for the home country forum found in both the Model Law on Cross-border Insolvency (Chapter 15 in the United States) and the Regulation: the center of the debtor’s main interests (COMI). His position is that this rule is so ambiguous and prone to manipulation that it permits a multinational to file for bankruptcy anywhere in the world that it chooses. Because universalism requires identification of a home country to act as the main jurisdiction, universalism is fatally flawed.”⁸⁸

Como se percebe, inobstante a superioridade teórica do sistema universalista e suas inegáveis vantagens supra explicitadas, há algumas dificuldades que desafiam sua adoção. A determinação do país onde o devedor possui seu centro de interesses principais (COMI) não é algo simples de se determinar⁸⁹. É, por vezes, difícil estabelecer, *ex ante*, o “país sede” de cada devedor, o que pode acabar trazendo certo grau de imprevisibilidade e inconsistência⁹⁰.

⁸⁵ KIPNIS, Alexander M., Op.cit., p. 175

⁸⁶ LoPUCKI, Lynn M., “**Universalism Unravels**”. *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 79, 143 (2005). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=732123>, p. 1.

⁸⁷ BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L and CORNWELL, John D. Op.cit., p. 30.

⁸⁸ WESTBROOK, Jay Lawrence. Op.cit., p. 325.

⁸⁹ LoPUCKI, Lynn M.: “Universalists claim to have solved the forum shopping problem by defining “home country” as the country where the debtor has the centre of the debtor’s main interests (hereafter “COMI”). That standard is intentionally vague and practically meaningless. It obscures conflicting views among the universalists as to the appropriate court for any given case. To make the point, in some of my earlier writings I challenged the universalists to answer three basic questions as to the identity of the home country: (...) The leading universalists offer no answers. Instead, they claim that in the vast majority of cases, the home country will be obvious. The remaining cases, they say, will be so few that the problem of definition can safely be ignored”,

Além disso, é importante que a lei do país onde se processa a falência seja justa para com os credores estrangeiros, sem qualquer privilégio a seus nacionais em detrimento dos outros⁹¹. Por fim, os custos que o procedimento universalista impõe sobre os credores estrangeiros podem ser altos, tendo em vista que terão de defender seus interesses fora de seu país, com a aplicação de um ordenamento jurídico que lhes é estranho.

Nos últimos tempos, pode-se dizer, alguns passos foram tomados na direção do universalismo: alguns países adotaram a Lei Modelo da UNCITRAL Sobre Insolvência Transnacional⁹², outros editaram normas influenciadas e baseadas na visão universalista da Lei Modelo da UNCITRAL. É bem de ver que, afora essas exceções, o universalismo continua a ser um modelo extremamente teórico, pouco implementado, sendo inclusive considerado por alguns como utópico, tendo em vista as dificuldades de sua adoção.

Veja-se, neste sentido, a manifestação de M. KIPNIS sobre os desafios que enfrenta a teoria universalista:

“This idyllic proposal is recognized, even by its proponents, as unworkable in the current world circumstances and incompatible with the notion of sovereignty. Desire to protect sovereignty leads countries – even those with universalist leanings – to adopt limits on their cooperation with foreign proceedings, much like the United States did before the adoption of the UNCITRAL Model Law, and continues to do today.”⁹³

Assim, como se percebe, o grande desafio do universalismo é a tensão dialética que existe entre ele e seu maior rival: o princípio da soberania estatal⁹⁴. A teoria universalista

“**Universalism Unravels**”. *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 79, 143 (2005). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=732123>, p. 2.

⁹⁰ A maioria dos regimes de tendência universalista, incluindo a Lei Modelo da UNCITRAL e a Convenção da União Europeia sobre Processos de Insolvência, resolveram esta questão na medida em que definiram como regra padrão que o país de incorporação é o “país de origem” para os efeitos do processo de insolvência. v. art. 36 (3) da Lei Modelo UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional.

⁹¹ WESTBROOK, Jay Lawrence. “**Breaking Away: Local Priorities and Global Assets**”. *Texas International Law Journal*, Vol. 46, 601 (2011), p. 619-620.

⁹² A Lei Modelo UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional foi uma lei modelo, elaborada em 17 de dezembro de 1966, por iniciativa Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas, com o objetivo de fornecer diretrizes para solucionar casos falimentares em âmbito internacional, abrangendo bens e credores ao redor do mundo. Referida lei está disponível no site: [http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CGcQ_xMwCQ&url=http%3A%2F%2Fwww.uncitral.org%2Fpdf%2Fenglish%2Ftexts%2Finsolven%2FV1188129-Judicial Perspective ebook-E.pdf&ei=6PoWVPCLFKLisASmgYLoCQ&usq=AFQjCNGfthaKcB8hziI48oHCpQJO0HwwPw&sig=2=VpEF07QGgZZJ2J8RqeWRA&bv=m=bv.75097201.d.cWc](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CGcQ_xMwCQ&url=http%3A%2F%2Fwww.uncitral.org%2Fpdf%2Fenglish%2Ftexts%2Finsolven%2FV1188129-Judicial%20Perspective%20eBook.pdf&ei=6PoWVPCLFKLisASmgYLoCQ&usq=AFQjCNGfthaKcB8hziI48oHCpQJO0HwwPw&sig=2=VpEF07QGgZZJ2J8RqeWRA&bv=m=bv.75097201.d.cWc)

⁹³ KIPNIS, Alexander M., Op.cit., p. 173.

⁹⁴ FERREIRA, Cátia Filipa da Silva. Op.cit., p. 12.

choca-se frontalmente com a noção de soberania, de modo que o pavor dos Estados em comprometê-la ⁹⁵, ainda que de forma parcial, impede sua adoção de forma mais comprometida.

Com isso, indaga-se: Qual seria o modelo mais adequado? O debate teórico permanece vivo no meio acadêmico.

Conforme ressalta BERENDS ⁹⁶, “*no country applies either the universality or the territoriality principle without any deviation. Every domestic insolvency law is a mixture of [these] two principles*”. Portanto, nenhum país é totalmente territorialista ou completamente universalista. O que se tem na realidade é uma mistura de normas mais voltadas a uma corrente ou à outra, o que permite classificar um país como mais tendente a um ou a outro modelo teórico.

1.3 Modelos mistos

O reconhecimento das fragilidades inerentes a cada modelo, fomentou o desenvolvimento de propostas intermediárias ⁹⁷, que buscaram aliar o melhor dos dois mundos: criar um modelo que unisse as vantagens do universalismo às qualidades do territorialismo ⁹⁸.

Apesar de seus inúmeros benefícios e, pode-se mesmo dizer, sua superioridade teórica, o universalismo, na sua forma pura, encontra uma série de obstáculos ⁹⁹ à sua implementação, tendo em vista — como já mencionado neste trabalho — a falta de disposição dos países em comprometer parcela de sua soberania.

Sem dúvida, hoje, acredita-se que a resposta teórica ao problema da insolvência transnacional encontra-se em algum ponto situado na transição ¹⁰⁰ entre o modelo territorialista — com cada país aplicando sua própria lei interna, ante à ausência de regras

⁹⁵ POTTOW, John, “**Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy**”. *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45, 935, 948, (2005). (“Many states will be happy to apply their own bankruptcy laws broadly to the resolution of an international dispute, but few want to cede their sovereignty over the same dispute when they are deemed to be in the ancillary position”). p. 951.

⁹⁶ BERENDS, Andre J., Op.cit., p. 28.

⁹⁷ GARRIDO, José M. “**No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies**”. *Texas International Law Journal*, Vol. 46, 459, (2011) p. 466.

⁹⁸ KIPNIS, Alexander M., Op.cit., p. 155.

⁹⁹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 87.

¹⁰⁰ GARRIDO, José M., Op.cit., p. 471 (2011).

específicas de direito internacional — e modelo universalista — cuja teoria, quase que utópica, pressupõe a adesão em massa dos países a um regime comum de falência transnacional.

Com isso surgiu, a partir do século XIX¹⁰¹, uma série de estudiosos a propagar modelos alternativos, que, em sua maioria, nada mais eram do que a combinação de diferentes aspectos dos do universalismo e do territorialismo.

Um deles, elaborado por Daniël Josephus Jitta¹⁰², defendia a compatibilidade da unidade patrimonial com a diversidade de processos falimentares, propondo um modelo calcado em processos secundários. Estes funcionariam como falências satélites (*faillites secondaires*), procedimentos que se desenvolveriam ~~como satélites~~ gravitando em torno do processo falimentar principal com o objetivo primordial de facilitar a coleta e liquidação do patrimônio do devedor¹⁰³. Assim, o processo principal seria iniciado no país considerado o “centro da vida ativa” do devedor e os secundários nos demais países onde o devedor possuísse estabelecimentos.

Por seu turno, o professor norte-americano Jay Lawrence Westbrook desenvolveu, em meados dos anos 90, o modelo que veio a ser chamado de “universalismo modificado” (*modified universalism*). Tal modelo basicamente explicava de forma acadêmica o sistema que vigorava nos Estados Unidos àquela época, a extinta *section 304* do antigo *Bankruptcy Code*¹⁰⁴. O modelo parte da premissa universalista incorporando algumas tendências territorialistas¹⁰⁵. Consiste, basicamente, na existência de múltiplos processos de insolvência em diversos países, de forma coordenada. Os diferentes procedimentos, inobstante regidos por ordenamentos jurídicos diversos, funcionariam como se pertencentes a um único mecanismo global¹⁰⁶. O objetivo, em suma, é o de conferir aos múltiplos processos o efeito de um único procedimento falimentar universal, buscando trazer um pouco de simetria na distribuição dos bens do devedor.

¹⁰¹ SATIRO, Francisco e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A Insolvência Transnacional: Para Além da Regulação Estatal e na Direção Dos Acordos de Cooperação**. In: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo; Francisco Satiro. (Org.). *Direito Das Empresas Em Crise: Problemas E Soluções*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 124.

¹⁰² JITTA, D. Josephus. **La codification du droit international de la faillite**. La Haye: Bellefante Frères, 1895.

¹⁰³ SATIRO, Francisco e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p 124.

¹⁰⁴ BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L and CORNWELL, John D. Op.cit., p 30.

¹⁰⁵ CLARK, Leif M. Clark e GOLDSTEIN, Karen. Op.cit., p. 519.

¹⁰⁶ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 92.

Outro autor estadunidense, Lynn LoPucki, contrapôs-se ao modelo anteriormente explicitado, ao lançar o seu “territorialismo cooperativo” (*cooperative territoriality*)¹⁰⁷, o qual se caracteriza pela existência de diferentes processos falimentares, independentes entre si, abertos em cada país onde houvesse um estabelecimento do devedor. Nenhum processo prevalece sobre o outro. Entretanto, inobstante a independência dos juízos¹⁰⁸, o modelo em questão propõe a existência de um compromisso entre eles no sentido de cooperarem uns com os outros.

Há, ainda o modelo articulado pelo holandês Bob Wessels, que tomou por base o sistema que vigorava na União Europeia. Trata-se do “universalismo coordenado” (*coordinated universalism*), o qual consiste na ideia de que seria possível estabelecer a unidade patrimonial do devedor através de múltiplos procedimentos: um processo falimentar principal e outros processos secundários¹⁰⁹.

Por fim, o professor norte-americano Robert K. Rasmussen desenvolveu, em 1998, um modelo¹¹⁰ que permite ao devedor a escolha, por meio contratual, do foro competente e da norma aplicável ao processo falimentar¹¹¹. A decisão, que deve constar do estatuto social, será tomada no momento da incorporação societária e só poderá ser alterada com o consentimento unânime dos credores¹¹². Considerado um dos mais inovadores modelos, o “contratualismo” (*contractualism*) ainda é puramente teórico.

¹⁰⁷ LoPUCKI, Lynn M., Op.cit., p. 2.216-2.251.

¹⁰⁸ LoPUCKI, Lynn M. “**Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach**”. *Cornell Law Review*, Vol 85, 696, 706 (1999). Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=132408>, p.743.

¹⁰⁹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 92.

¹¹⁰ RASMUSSEN, Robert K. “**Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering**”. *Michigan Law Review*, Vol. 98, 2252 (2000) p. 1-30.

¹¹¹ Conforme referido por KIPNIS, Alexander M., Op.cit., p. 158.

¹¹² Neste sentido comentários de LOPUCKI, Lynn M., Op.cit., p. 738.

Capítulo 2 - DIREITO COMPARADO

2.1 UNCITRAL

O incremento das relações econômicas em escala global aumentou a necessidade por um sistema internacional de insolvência eficiente e capaz de ensejar a cooperação entre juízos falimentares de diferentes jurisdições¹¹³. A ausência de tal corpo normativo gerou nas empresas multinacionais grande preocupação relativamente ao regime jurídico falimentar aplicável em um caso de insolvência multinacional.

A ausência de uma regra de escopo mundial promove insegurança e incerteza nos empresários e investidores globais. Cada país, conta com suas próprias regras relativas à falência e recuperação judicial no que concerne, dentre outros aspectos, à liquidação de ativos, à divisão e distribuição de bens, à moratória, à suspensão de execuções, aos distintos róis de preferências a serem observados quando do pagamento dos credores, etc.

Sem um regime internacional chega-se inevitavelmente à aplicação de critérios inadequados e descoordenados nos casos de falência transnacional, que acabam tendo que ser analisados e solucionados com base no casuísmo¹¹⁴. Tais parâmetros, além de imprevisíveis, carecem de transparência e da efetividade necessária ao enfrentamento dos problemas próprios das empresas em dificuldades. Tal descompasso obstaculiza em grande medida a proteção do patrimônio das empresas em processo de recuperação e inviabiliza muitas vezes seu soerguimento.

Com efeito, a disciplina da matéria difere muito, dependendo do país onde se processa a falência ou a recuperação judicial. Foi ante tal carência total e absoluta de balizas a serem adotados em casos envolvendo questões transnacionais, que a Assembleia Geral das Nações Unidas, criou em 1966 a United Nations Commissions on International Trade Law – “UNCITRAL” (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional): um corpo legal especializado em matéria envolvendo direito internacional do comércio, concebido para auxiliar processo de uniformização do direito comercial internacional.

¹¹³ BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L and CORNWELL, John D. Op.cit., p. 24.

¹¹⁴ BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L and CORNWELL, John D. Op.cit., p. 24.

As Nações Unidas adotaram, em 1977, a Lei Modelo da UNCITRAL Sobre Insolvência Transnacional. Referida norma, inspirada na tendência universalista da antiga *Section 304* do *Bankruptcy Code* dos Estados Unidos e dos Protocolos de Cooperação, tinha como objetivo primordial auxiliar os Estados a solucionar de forma mais eficiente e satisfatória casos envolvendo insolvências de grandes grupos multinacionais, com credores, patrimônio e estabelecimentos localizados mundo afora. A norma foi elaborada por um grupo composto por especialistas de cinquenta países europeus. Contou, ainda, com o auxílio de organizações não governamentais, tais como a INSOL – International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals.

Assim como as demais normas desenvolvidas pela UNCITRAL, esta não se trata de norma cogente (“*hard law*”), de observância obrigatória pelos Estados. Trata-se, na realidade, de um corpo normativo tido como exemplar e referencial, destinado apenas a orientar os poderes Legislativo e Judiciário dos Estados no que tange à disciplina do direito falimentar transnacional.

A Lei Uniforme representa, assim, um marco legislativo moderno para resolver com maior eficácia os casos de insolvência transnacional em que o devedor esteja em situação financeira muito precária ou de insolvência. Mais do que promover a unificação do direito, a ideia por trás da Lei Uniforme, colima alcançar respeito aos diferentes regimes e culturas processuais dos diversos países, sem que haja qualquer pretensão de sobrepor um ao outro. Para SATIRO e CAMPANA FILHO “*a lei modelo pode ser vista como um conjunto de padrões mínimos para guiar os juízes e tribunais na cooperação uns com os outros*”¹¹⁵.

Pode-se destacar como principais objetivos da Lei Uniforme, os seguintes: (i) autorizar e estimular a cooperação e coordenação entre jurisdições; (ii) promover a administração equitativa e eficiente das insolvências internacionais, visando ao proteção do interesse de todos os credores e demais partes envolvidas, inclusive do devedor; (iii) maximização do valor dos bens do devedor; (iv) estabelecimento de maior segurança jurídica para comércio internacional e investimentos; (v) viabilizar a recuperação de sociedades em dificuldade, preservando investimentos e empregos.

¹¹⁵ SATIRO, Francisco e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 124.

A lei, inspirada nas práticas de cooperação estabelecidas pela *Section 304* do *Bankruptcy Code* e nos protocolos de cooperação transfronteiriços, prevê que o representante do processo falimentar estrangeiro tenha acesso ao juiz nacional para pleitear reconhecimento do respectivo processo. Tal faculdade é concedida também aos credores. O processo estrangeiro poderá, então, ser classificado, nos termos da Lei Uniforme, como principal ou não principal. Será principal quando aberto no país onde o devedor possua o centro de seus principais interesses (COMI).

Um dos mecanismos trazidos pela Lei Uniforme da UNCITRAL sobre insolvência transnacional é a previsão de que, a partir do reconhecimento de um procedimento estrangeiro principal, restará inviabilizado o ajuizamento e o prosseguimento de toda e qualquer demanda individual que envolva bens, direitos, obrigações de responsabilidade do devedor¹¹⁶. Em tal contexto, será também suspenso o direito de transferir, gravar e dispor de quaisquer ativos do devedor.

A lei prevê ainda a possibilidade de que o tribunal conceda uma assistência provisória, de modo que as execuções contra o devedor possam ser suspensas antes mesmo do reconhecimento do processo estrangeiro. Tal tutela emergencial pode, inclusive, ser deferida com o propósito transmitir ao administrador judicial do país requerente poderes para administrar e vender os bens do devedor, de molde a evitar sua depreciação.

Ao juiz nacional são conferidos amplos poderes para cooperar com juízes e representantes estrangeiros, pelos meios que julgar mais adequados. Não há quaisquer ressalvas ou restrições trazidas pela lei da UNCITRAL, que visa estimular ao máximo a cooperação entre os Estados. Como a experiência mostrou que os países de tradição romano-germânica têm certa dificuldade em adotar formas dinâmicas de cooperação¹¹⁷, a lei previu de forma expressa meios e formas de cooperação¹¹⁸, como, por exemplo, a celebração de acordos

¹¹⁶ UNCITRAL Model Law, art. 20 (1).

¹¹⁷ “Ao contrário do que ocorre nos países de tradição jurídica anglo-saxã, que adotam a *common law*, os juízes nos países de tradição romano-germânica não têm discricionariedade para celebrar um protocolo de cooperação. (...) A adoção da lei modelo em países de tradição jurídica romano-germânica é mais problemática, já que os juízes têm pouca ou nenhuma discricionariedade para implantar diferentes formas de cooperação. O Japão, por exemplo, apesar de ter sido um dos primeiros países a ter adotado a lei modelo, incorporou-a com diversas alterações, restringindo muito os poderes do juiz de se comunicar e de cooperar com outros juízes e representantes estrangeiros - esse tipo de prática ameaça os esforços de harmonização promovidos pela UNCITRAL e inclina-se no sentido de um aumento nos custos de transação.” - SATIRO, Francisco e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 133.

¹¹⁸ UNCITRAL Model Law, art. 27.

tratando da coordenação de processos e protocolos específicos regulando o processo de insolvência.

Em suma, a Lei Uniforme da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial – UNCITRAL foi criada com o objetivo de estimular e harmonizar a comunicação e a cooperação internacional entre juízes e tribunais nos casos de insolvência transfronteiriça, permitindo a observância das particularidades do direito interno dos países envolvidos, possibilitando, ainda, a autonomia da vontade das partes.

Hoje, a norma já foi incorporada, na maioria das vezes com alterações, por algumas das maiores economias do mundo, como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e Austrália. Além dos países de tradição jurídica anglo-saxã, alguns países de tradição jurídica romano-germânica, como o Japão, o México e a Grécia incorporaram a lei modelo¹¹⁹.

A rápida proliferação da lei modelo por países de *common law* explica-se facilmente, tendo em vista que ela segue a linha dos processos auxiliares da *Section 304* do *Bankruptcy Code* norte-americano. A *Section 304* do *Bankruptcy Code* norteamericano foi substituída pela lei modelo, adotada com pequenas modificações mediante a promulgação do *Chapter 15*.

2.2 Chapter 15

No ano de 2005, os Estados Unidos da América promulgaram o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* - “BAPCPA” (Ato de Prevenção do Abuso de Falência e de Proteção ao Consumidor de 2005). Este ato trouxe em seu Capítulo 15 – *Chapter 15* — novas regras sobre o direito falimentar, mais especificamente sobre os casos envolvendo falência e recuperação judicial transnacional.

Referido capítulo intitulado “*Ancillary and Other Cross-Border Cases*” serviu, em verdade, como um veículo à incorporação da lei modelo da UNCITRAL sobre falência transnacional, substituindo integralmente o regramento da antiga *section 304* do *Bankruptcy Code*¹²⁰. Seu âmbito de aplicação abrange casos falimentares envolvendo empresas

¹¹⁹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A Insolvência Transnacional: Para Além da Regulação Estatal e na Direção Dos Acordos de Cooperação**, p. 107.

multinacionais norte-americanas ou estrangeiras com bens situados no território norte-americano.

À semelhança da norma elaborada pela UNCITRAL, objetivava o *Chapter 15* (i) promoção a cooperação entre os Estados Unidos e outros países em casos de insolvência transfronteiriça; (ii) estabelecimento de maior segurança jurídica para comércio internacional e investimentos; (iii) promoção a administração equitativa e eficiente das insolvências internacionais, visando à proteção do interesse de todos os credores e demais partes envolvidas, inclusive do devedor; (iv) proteção e maximização do valor dos bens do devedor; (v) viabilização a recuperação de sociedades em dificuldade, preservando investimentos e empregos¹²¹.

Ressalte-se que os Estados Unidos, mesmo antes do advento do *Chapter 15*, sempre foram mais avançados do que outros países no que diz respeito à cooperação com regimes estrangeiros de insolvência¹²². Havia, contudo, uma série de limitações, o que acabava por reduzir a eficácia do sistema¹²³.

Como regra, os casos envolvendo o *Chapter 15* são sempre subordinados a um procedimento principal, trazido por um outro país, tipicamente o do foro do domicílio do devedor. Eles não se desenvolvem de forma autônoma, tendo em vista que são, na verdade apenas um mecanismo de cooperação com o juízo falimentar principal.

O procedimento do *Chapter 15* tem início com o ajuizamento, por um representante estrangeiro, de petição requerendo o reconhecimento do procedimento estrangeiro¹²⁴. Para tal fim, o *Chapter 15* permite de forma expressa o acesso do representante estrangeiro à corte americana. Em seguida, o tribunal poderá emitir uma decisão reconhecendo o procedimento

¹²⁰ Veja-se que a matéria que antes era disciplinada em única seção, a *section 304* do *Bankruptcy Code*, passou a ser disciplinada de forma muito mais detalhada em um capítulo autônomo, o *Chapter 15*, contendo 5 subcapítulos e 32 seções.

¹²¹ 11 U.S.C. § 1.501 (a).

¹²² BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L. & CORNWELL, John D., “A Look at Transnational Insolvencies and Chapter 15 of the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005”. *Boston College Law Review*, Vol. 47, 23, 31–32 (2005) p. 25; SATIRO, Francisco e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A Insolvência Transnacional: Para Além da Regulação Estatal e na Direção Dos Acordos de Cooperação”. In: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo; Francisco Satiro. (Org.). *Direito Das Empresas Em Crise: Problemas E Soluções*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 125-127.

¹²³ LEONG, Jeremy. “Is Chapter 15 Universalist or Territorialist? Empirical Evidence from United States Bankruptcy Court Cases”. *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 29, 110, (2011) p. 6.

¹²⁴ 11 U.S.C. § 1.505, 1.515 (a).

estrangeiro como um procedimento estrangeiro principal ("*foreign main proceeding*")¹²⁵ ou como um procedimento estrangeiro secundário ("*foreign non-main proceeding*")¹²⁶. O primeiro caso terá lugar quando o procedimento original estiver em curso no centro dos principais interesses (COMI) do devedor. Já a outra hipótese refere-se à situação em que o procedimento tramite em um país onde o devedor tenha um de seus estabelecimentos, mas não aquele considerado o centro de seus principais interesses (COMI). Como regra o foco principal do *Chapter 15* é o reconhecimento de processos estrangeiros principais.¹²⁷

O reconhecimento do procedimento estrangeiro principal é um evento de grande relevância na sistemática da lei americana¹²⁸: Se o devedor obtiver o reconhecimento do procedimento estrangeiro principal, aplicar-se-á ao caso, iniciado nos termos do *Chapter 15*, as normas do país onde se processa o procedimento estrangeiro principal, em outras palavras, as regras falimentares do local do centro de principais interesses do devedor (COMI)¹²⁹.

Há ainda outros efeitos decorrentes do reconhecimento de um *foreign main proceeding*¹³⁰. Primeiramente, serão suspensos automaticamente todos os processos que tramitem contra o devedor¹³¹. Além disto, será facultado ao representante estrangeiro o direito de operar a parte da empresa que se encontra no território americano¹³², entrando também em vigor as demais disposições do código falimentar norte americano no território dos Estados Unidos¹³³.

A título de ilustração, tome-se como exemplo típico de aplicação do *Chapter 15* a seguinte situação: Uma empresa argentina, com sede em Buenos Aires inicia um processo de falência naquele país. A referida empresa possuía duas fábricas, uma na Argentina e outra nos Estados Unidos. Ambas as fábricas possuíam diversas dívidas, na Argentina e nos Estados Unidos, respectivamente. O administrador judicial atuante no processo falimentar argentino, então, formula um pedido de reconhecimento de procedimento principal estrangeiro nos

¹²⁵ 11 U.S.C. § 1.502(4).

¹²⁶ 11 U.S.C. § 1.502(5).

¹²⁷ CHUNG, John J. "The Retrogressive Flaw of Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A Lesson from Maritime Law". *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 17, 253-304 (2007), p. 258.

¹²⁸ CHUNG, John J., Op.cit., p. 258.

¹²⁹ 11 U.S.C. §§ 1.504.

¹³⁰ 11 U.S.C. §§ 1.520, 1.515(a), 1.520.

¹³¹ 11 U.S.C. § 362 e 11 U.S.C.A. § 1.520 (a) (1).

¹³² 11 U.S.C. § 1.520 (a) (3).

¹³³ 11 U.S.C. § 1.520.

Estados Unidos, nos termos do *Chapter 15*. O tribunal Americano defere o pedido. Com isso, todos os processos em curso nos Estados Unidos serão suspensos e o administrador judicial passará a controlar os bens situados em território americano. Os credores americanos irão em busca de seus créditos no procedimento argentino, sob a lei argentina e o juízo argentino deterá jurisdição sobre a universalidade de bens da sociedade.

Vale notar que o *Chapter 15* sempre será aplicado, exceto nos casos em que se esteja diante de clara violação da ordem pública¹³⁴, sendo certo que a prova caberá à parte que a suscitar ou ao juízo. Neste sentido, não há necessidade de que o representante estrangeiro comprove, quando da formulação do pedido de reconhecimento, a ausência da referida violação¹³⁵.

Portanto, diferentemente do que ocorria com o antigo *section 304* do *Bankruptcy Code* norte americano que permitia ao intérprete uma maior flexibilidade, o seu sucessor, *Chapter 15*, adotou uma perspectiva mandatória, sem margem para discricionariade¹³⁶. Assim sendo, o modelo anterior dava maior abertura ao juiz para que seguisse uma tendência mais universalista ou territorialista¹³⁷, tendo em vista que não era obrigado a reconhecer o procedimento estrangeiro. Já a norma atual, baseada no modelo da UNCITRAL, adota uma tendência claramente universalista, visto que a única saída para se negar o reconhecimento é a violação da ordem pública.

¹³⁴ 11 U.S.C. § 1.506.

¹³⁵ 11 U.S.C. §§ 1.515-1.518.

¹³⁶ A *section 304* não determinava a adoção de nenhuma medida, apenas declarava a faculdade do magistrado. O diploma usava a expressão “*may grant the relief stated in the section*”. Esta discricionariade resultava em uma variedade de decisões desde as mais conservadoras territorialista às mais modernas universalistas. Por seu turno, a linguagem adotada pelo *Chapter 15* não dá margem à maiores interpretações, haja vista sua literalidade: “an order recognizing a foreign proceeding shall be entered” and a “foreign proceeding shall be recognized” if certain conditions are met. 11 U.S.C.A. § 1.517(a)-(b).

¹³⁷ CHUNG, John J., Op.cit., p. 259.

Capítulo 3 - A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: UMA LACUNA A SER SUPRIDA

O Brasil não possui normas em vigor tratando de modo satisfatório sobre o tema objeto do presente estudo. As normas sobre insolvência transnacional encontram-se demasiado ultrapassadas¹³⁸, incapazes de dar conta dos complexos casos com os quais se deparam atualmente os tribunais. A rigor, as normas que regulamentavam o tema encontram-se revogadas ou em desuso e a ausência de regras específicas dificultam em grande medida o papel dos magistrados, a quem incumbe a resolução dos problemas falimentares de cunho internacional.

Passemos, agora, à análise das normas do ordenamento jurídico brasileiro de que podem lançar mão os juízes, quando se deparam com um caso de falência ou recuperação transnacional.

3.1 Normas esparsas

Muito embora hoje o Brasil não discipline a questão da falência transnacional, foi, com efeito, um dos primeiros países a tratar do assunto¹³⁹. De fato, hoje, o corpo normativo em vigor é muito confuso e insuficiente para lidar com o tema, mas é curioso notar que este não foi sempre o caso. Apesar de o código Comercial de 1850 não ter trazido uma linha sequer sobre a questão envolvendo insolvência transnacionais, outras normas¹⁴⁰ da época regulamentaram, de alguma forma, a matéria¹⁴¹.

Entretanto, justamente quando mais se precisava, durante o século XX, já não se sabia mais qual a norma aplicável aos casos envolvendo falência e recuperação judicial transnacionais. Este cenário persiste até os dias atuais, gerando incertezas e aumentando o risco da atividade empresarial de grupos societários no país.

¹³⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 157.

¹³⁹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 158.

¹⁴⁰ v.g. o Decreto nº 6.982 de 1878.

¹⁴¹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “**The Legal Framework For Cross-Border Insolvency In Brazil**”. *Houston Journal Of International Law*, Vol. 32:1, p. 118.

Como se verá adiante, o Brasil editou, em 1878, o Decreto nº 6.982, seu primeiro diploma legal destinado a tratar de direito internacional privado, contendo disposições sobre as insolvências transnacionais. Em 1890, através do Decreto nº 917/1890, a matéria passou a ser tratada no âmbito das normas falimentares, onde permaneceu até 1939. Neste ano, passou aos cuidados da legislação processual¹⁴². Com a revogação da Lei Processual Civil de 1939, em 1973, o único diploma legal em vigor no país que faz menção expressa à questão é o Código Bustamante, de 1929, cujo alcance e aplicação são demasiado restritos.

O Decreto nº 6.982 de 1878, mais tarde alterado pelo Decreto nº 7.777 de 1880, continha algumas regras a respeito da produção de efeitos de decisões proferidas no estrangeiro, incluindo-se aí, as sentenças falimentares¹⁴³. De acordo com o referido decreto, os procedimentos falimentares alienígenas poderiam produzir efeitos em território nacional quando reconhecidos por decisão judicial¹⁴⁴, desde que atendidos os requisitos de (i) não violação à ordem pública; (ii) à moral; (iii) à soberania nacional; (iv) às regras sobre propriedade territorial e (v) existência de reciprocidade.

O Decreto nº 7.777 de 1880, que alterou o Decreto nº 6.982 de 1878, afastou definitivamente do ordenamento jurídico pátrio a necessidade de reciprocidade para o reconhecimento de decisões estrangeiras no Brasil¹⁴⁵, bastando a concessão do *exequatur*.

Mais tarde, o Código Comercial de 1850, que até então era silente sobre o tema em comento, foi alterado pelo Decreto nº 917 de 1890, que inaugurou um título para tratar de falências declaradas no exterior. A partir daí, as normas sobre insolvência internacional passaram a ser disciplinas por leis que tratavam das falências e não mais em diplomas sobre direito internacional privado¹⁴⁶. Outros diplomas se seguiram alterando o regime falimentar, tais como a Lei nº 859 de 1902 e a Lei nº 2.024 de 1908, sem contudo inovar de modo substancial¹⁴⁷.

Tais normas, apesar de esboçarem alguma influência universalista, apresentavam muitas limitações, na medida em que (i) estabelecimentos localizados em território nacional

¹⁴² CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 158.

¹⁴³ KREILE, Ruber David. “**A Falência Internacional**”. *Revista dos Tribunais*, Vol. 888, p. 74-144, p. 90.

¹⁴⁴ Decreto nº 9.982/1878, art 1º parágrafo 1º.

¹⁴⁵ Decreto nº 7.777/1880, arts. 1º e 2º.

¹⁴⁶ KREILE, Ruber David. “**A Falência Internacional**”. *Revista dos Tribunais*, Vol. 888, p. 74-144, p. 92.

¹⁴⁷ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 158.

não se sujeitavam, em hipótese alguma, ao processo falimentar alienígena, (ii) credores nacionais com garantia poderiam executar o patrimônio do devedor mesmo após o reconhecimento do processo falimentar estrangeiro e (iii) credores nacionais não detentores de garantias poderiam dar continuidade a execuções iniciadas anteriormente ao reconhecimento do procedimento falimentar ¹⁴⁸.

Ainda assim, é possível dizer que se adotava no Brasil uma forma de universalismo atenuado, em linha com o pensamento mais moderno da época. Com o decorrer dos anos, contudo, o corpo normativo nacional, após sofrer uma série de modificações, começou a se afastar da tendência mundial, abandonando a posição de vanguarda que ocupava, justamente quando a temática das falências transnacionais se tornou uma questão de maior relevância socioeconômica. Ano após ano, matéria se tornaria cada vez mais obscura e controvertida no meio jurídico e acadêmico, sem que qualquer legislação posterior fosse capaz de disciplinar integral e definitivamente o direito falimentar transnacional.

3.2 O Código de Bustamante

O Brasil ratificou e incorporou, mediante o Decreto nº 18.871 de 1929, o Código de Bustamante, anexo à Convenção de Havana sobre Direito Internacional Privado. O Código regulava, além de aspectos relacionados ao direito internacional privado, as insolvências internacionais, que envolvessem os países signatários.

Embora a iniciativa fosse ambiciosa, o resultado foi um fracasso, com a ratificação apenas do Brasil e de outros 14 países latino-americanos, economicamente inexpressivos. Todas as grandes economias pan-americanas abstiveram-se de ratificar o Tratado. Por esta razão, o Código Bustamante praticamente não chegou a ser aplicado.

Por ter sido negligenciado durante anos e, hoje, dispor de normas muito ultrapassadas, o Código tem sua eficácia muito questionada. Embora formalmente em vigor, raramente é utilizado pelos operadores da lei. Ainda, assim, impõe notar que o Código é atualmente o único diploma no ordenamento jurídico brasileiro que disciplina de forma expressa o tema das falências transnacionais, o que o coloca em posição de destaque, ainda que sua aplicação seja mitigada pelos tribunais brasileiros.

¹⁴⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 118.

3.3 O Código de Processo Civil de 1939

O Código De Processo Civil de 1939 foi o último diploma normativo a entrar em vigor, que abordou de forma específica questões relativas à insolvência internacional. A Lei Processual, ao tratar pela primeira vez do tema, estabeleceu em seu art. 786 que sentenças estrangeiras que decretassem a falência de empresário brasileiro domiciliado no Brasil seriam inexecutáveis em território nacional¹⁴⁹. Tal dispositivo, entretanto, foi considerado inconstitucional por promover a discriminação em razão da nacionalidade¹⁵⁰.

Por outro lado, o art. 787 do Código de Ritos permitia que decisões estrangeiras, que decretassem a falência de empresários domiciliados no local onde foram proferidas, fossem executadas no Brasil, produzindo, após sua homologação, todos os efeitos inerentes às sentenças falimentares nacionais. O art. 788, por sua vez, trazia uma importante ressalva que denotava uma tendência territorialista, qual seja, caso o empresário cuja falência houvesse sido decretada no exterior tivesse um estabelecimento no território brasileiro, este não estaria sujeito aos efeitos da falência, mesmo após seu reconhecimento pelo Judiciário Brasileiro.

Determinava, ainda, a Lei Processual de 1939 que antes mesmo da homologação da sentença falimentar alienígena poderia o síndico praticar determinados atos com vistas à preservação de direitos dos credores, tais como cobrar dívidas e intentar ações¹⁵¹. Já os atos executórios, tais como arrecadação e arrematação de bens, somente poderiam ser praticados após a homologação da sentença estrangeira, mediante autorização de juiz brasileiro, nos moldes do direito brasileiro¹⁵². No que tange às execuções individuais, aquelas que houvessem sido ajuizadas por credores até a data da homologação da decisão poderiam prosseguir normalmente em território nacional¹⁵³.

¹⁴⁹ TORRES PEREIRA, Marcos Vinícius. **Falência E Conflito De Jurisdições No Direito Internacional Privado Brasileiro**. Encontro Nacional do CONPEDI (Uberlândia, MG) Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012. p. 6.214–6.237, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=794288f252f45d35>

¹⁵⁰ HORTA, Gabriel H. F. **Da Falência no Direito Internacional Privado**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1958, p. 73 *apud* CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado – Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 162.

¹⁵¹ Código de Processo Civil de 1939, art. 787, I.

¹⁵² Código de Processo Civil de 1939, art. 787, II.

¹⁵³ Código de Processo Civil de 1939, art. 787, III.

Relativamente às concordatas ¹⁵⁴ estrangeiras, elas também eram passíveis de homologação, desde que presentes os mesmos requisitos exigidos para a homologação das falências, obrigando os credores brasileiros quando estes houvessem sido devidamente citados¹⁵⁵.

3.4 O Código de Processo Civil de 1973

Em 1973 o novo Código De Processo Civil entrou em vigor, revogando¹⁵⁶ o Código de 1939. Ocorre que o novo diploma passou ao largo das questões relativas à homologação de sentenças estrangeiras, incluindo-se aí as sentenças relativas aos processos de insolvência transnacional. De acordo com CAMPANA ¹⁵⁷, tal supressão se deveu ao fato de que o procedimento de incorporação de decisões estrangeiras passaria a ser regulamentado pelo regimento interno do Supremo Tribunal Federal – STF (que detinha àquela época a competência para homologação das sentenças alienígenas). Entretanto, o regimento interno do STF (tampouco o do regimento interno STJ quando este tribunal passou a ser o competente para homologar sentenças estrangeiras) jamais fez qualquer referência à questão das insolvências transnacionais.

Assim, desde a revogação do Código De Processo Civil 1939 passou-se a ter verdadeiro vácuo legislativo no que diz respeito às insolvências internacionais, já que nenhum outro diploma legal, até hoje, veio a disciplinar a temática no direito brasileiro. ¹⁵⁸

Cumprе ressaltar que, embora o Código De Processo Civil de 1973 não preveja nenhum procedimento específico sobre processos falimentares transnacionais, contém, em seu

¹⁵⁴ De acordo com Rubens Requião, o instituto da concordata “visa resolver a situação econômica de insolvência do devedor, ou prevenindo e evitando a falência (Concordata Preventiva), ou suspendendo a falência (Concordata Suspensiva), para proporcionar a recuperação e restauração da empresa comercial”. - Rubens Requião. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 12ª ed., 1990, p. 1 do cap. XVIII.

¹⁵⁵ Código de Processo Civil de 1939, art. 789.

¹⁵⁶ Importante ressaltar existir autores que sustentam que as normas do CPC/39 relativas a insolvência transnacional permanecem em vigor, inobstante a promulgação do CPC/73, tendo em vista que o novel código, por passar ao largo do assunto, não contraria os referidos dispositivos. Afinal, a nova lei revogou tão somente as “disposições em contrário” (art. 1.218 CPC/73) e não o diploma anterior em sua integralidade. Cf. FELSBERG, Thomas Benes. **Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil**, Disponível em <http://www.americancollegeofbankruptcy.com/images/Felsberg%20-%20Cross%20Border%20Insolvency.pdf> p. 10-11.

¹⁵⁷ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 166.

¹⁵⁸ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 166.

bojo, normas gerais sobre competência¹⁵⁹, às quais poderão, eventualmente, socorrer-se os magistrados ante a um caso concreto.¹⁶⁰

Assim, quanto à competência concorrente do judiciário brasileiro, dispõe o art. 88 do Código de Processo Civil de 1973 que:

“Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - *o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil*; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no n° I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal”.

Já no que diz respeito à competência exclusiva da autoridade brasileira, o art. 89 do Código de Processo Civil de 1973 estabelece que

“Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a *imóveis situados no Brasil*; II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”.

Por fim, em relação à litispendência, o art. 90 do Código de Processo Civil de 1973 determina que “A ação intentada perante tribunal estrangeiro *não induz litispendência*, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”.

Vê-se, assim, que, nos termos do art. 88, I do Código De Processo Civil de 1973, a justiça brasileira será competente sempre que o réu¹⁶¹ for domiciliado no Brasil. Neste caso, pode-se considerar como sendo aqui domiciliadas as pessoas jurídicas estrangeiras que possuírem filiais, sucursais ou agências no Brasil¹⁶².

O Código De Processo Civil de 1973 estabelece, ainda, a competência exclusiva dos tribunais nacionais para julgarem questões envolvendo direitos reais. Saliente-se que tal previsão, inclusive, já serviu diversas vezes de fundamentação para a negativa de

¹⁵⁹ Arts. 88, 89 e 90 do Código de Processo Civil de 1973.

¹⁶⁰ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 167.

¹⁶¹ Campana observa a impropriedade decorrente da aplicação do CPC/73, tendo em vista a necessidade de se qualificar o devedor como réu em todos os processos concursais. Cf. CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. Op.cit., p. 139.

¹⁶² CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, Op.cit., p. 164.

homologação a um processo de insolvência estrangeiro. Veja-se, à guisa de mera ilustração o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“A ordem não pode ser concedida, pois, segundo o art. 89, I e II, do Código de Processo Civil, *a competência para "conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil" e "proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional" é exclusiva da Justiça brasileira, com exclusão de qualquer outra*. Acrescente-se o contido na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 12, § 1º: "só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil".

Nesse sentido, a lição de Pontes de Miranda: "*Os juízes brasileiros é que têm competência para conhecer de ações relativas a bens situados no Brasil e nenhum ato processual ou sentença a respeito deles pode ser proferido no estrangeiro com eficácia para o Brasil, mesmo se as partes eram estrangeiras*" (in Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, 3ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1995, pág. 225).

Posto isso, por ferir a ordem pública, não concedo o *exequatur*”¹⁶³

Ademais, uma importante regra trazida pelo Código é a que proíbe o reconhecimento pelo juízo brasileiro de litispendência internacional¹⁶⁴. Assim, aplicando-se tal dispositivo ao tema de interesse, tem-se que o juiz brasileiro não poderá se negar a abrir um procedimento falimentar no Brasil ainda que tenha conhecimento do trâmite de processo semelhante em curso no exterior.

3.5 Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)

O Decreto nº 6.457/42 instituiu a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, promulgada entre os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973. Referido Diploma Legal, responsável por determinar a lei aplicável em caso de conflito de normas, dispõe também sobre sua validade e vigência, além de estabelecer regras sobre competência internacional. Não trata, entretanto, de forma pontual sobre a questão relativa à insolvência internacional, uma vez que tal assunto já fora abordado no Código de Processo Civil de 1939. Entretanto, com a revogação da Lei Processual de 1939, a insolvência transnacional ficou sem normatização específica.

A LINDB, com suas normas genéricas, pode, contudo, ser de alguma valia na resolução de questões envolvendo o tópico da insolvência transnacional. De início, a LINDB

¹⁶³ STJ, Decisão da Presidência. Carta Rogatória 2.722, julgada em 23/10/2007, Ministro Barros Monteiro.

¹⁶⁴ Código de Processo Civil de 1973, art. 90.

elencar os requisitos necessários ao reconhecimento de sentenças estrangeiras¹⁶⁵, quais sejam, (i) haver sido proferida por juiz competente; (ii) terem as partes sido citadas; (iii) ocorrência do trânsito em julgado e exequibilidade no local de sua prolação; (iv) tradução por intérprete autorizado; (v) homologação no estado brasileiro pelo órgão competente¹⁶⁶. Ao lado dos requisitos mencionados, o art. 17 da LINDB estabelece que a sentença a ser homologada não poderá ferir soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Já no que concerne às regras de colisão e ao conflito de leis, as normas trazidas pela LINDB revelam-se inconsistentes para lidar com as insolvências transnacionais. O diploma em comento não prevê a regra da *lex fori concursus*. A definição da norma a ser aplicada à insolvência estará rodeada de incertezas, podendo-se-lhe aplicar normas que dizem respeito ao estado pessoal do devedor (*lex domicilii*); normas sobre seus bens (*lex situs*); ou normas referentes a obrigações (*lex loci actus*).

3.6 A Lei de Falências – Lei nº 11.101/05

A entrada em vigor da nova Lei de Falências, em 2005, representou uma grande oportunidade para que se pusesse fim à lacuna legislativa em matéria de insolvência transnacional. Esperava-se que a nova lei incorporasse a lei modelo da UNCITRAL, entretanto não apenas tal incorporação não se concretizou, como o novel diploma não trouxe uma linha sequer sobre o tema da insolvência transnacional. Sessenta anos mais tarde, a nova Lei de Falências em nada evoluiu no tema sob análise em comparação à lei anterior, o Decreto-Lei nº 7.661/45.

A única norma do novo Diploma Falimentar passível ser utilizada para determinar a competência seria o art. 3º da referida lei, que determina a competência do juízo do foro onde se localiza o principal estabelecimento¹⁶⁷ do devedor, ou a filial da empresa sediada no exterior. A lei, entretanto, não define qual o critério a ser usado para que se possa determinar qual o principal estabelecimento do devedor. São muitas as divergências com relação à conceituação de estabelecimento principal.

¹⁶⁵ Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, art. 15.

¹⁶⁶ A competência para homologar sentenças estrangeiras, originariamente do Supremo Tribunal Federal, foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça através da EC nº 45.

¹⁶⁷ Esclareça-se, por oportuno, o entendimento majoritário no sentido de que o principal estabelecimento do devedor é aquele onde se localiza a sede administrativa e não a sede estatutária.

Essa dificuldade na definição do principal estabelecimento para fins de fixação da competência não é exclusiva do direito brasileiro¹⁶⁸. No Brasil, os Tribunais têm seguido o critério adotado pela maior parte da doutrina¹⁶⁹, qual seja, aquele que leva em conta o ponto de vista econômico, o local onde o devedor realiza o maior volume de transações comerciais. É esse, também entendimento adotado pelo STJ, que assim se manifestou sobre o que venha a ser o estabelecimento principal¹⁷⁰:

*"A qualificação de principal estabelecimento, referido no art. 3º da Lei n. 11.101/2005, revela uma situação fática vinculada à apuração do local onde exercidas as atividades mais importantes da empresa, não se confundindo, necessariamente, com o endereço da sede, formalmente constante do estatuto social e objeto de alteração no presente caso."*¹⁷¹

-.-.-.-.-

*"estabelecimento principal é o local onde a atividade se mantém centralizada", não sendo, de outra parte, 'aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor'"*¹⁷²

Embora o art. 3º da Lei nº 11.101/05 trate, a princípio, de organização judiciária interna, e não sobre aspectos transnacionais, pode-se adotar a interpretação de que ele seria igualmente aplicável aos processos de insolvência internacional. De acordo com CAMPANA¹⁷³, partindo-se tal raciocínio, chega-se a três conclusões a partir do referido art. 3º da Lei nº 11.101 de 2005: (i) os processos de falência e recuperação judicial abertos em território nacional deverão ter aplicação extraterritorial, inclusive abrangendo bens situados no exterior; (ii) é possível que o Brasil reconheça decisões judiciais estrangeiras determinando a abertura de processos de insolvência de devedores estabelecidos no local onde foram

¹⁶⁸ CHRISTENSON, Benjamin J. "Best Let Sleeping Presumptions Lie: Interpretation of "Center of Main Interest" Under Chapter 15 of the Bankruptcy Code and an Appeal for Additional Judicial Complacency". *University of Illinois Law Review*. Vol. 2010, nº 5, (2010) p. 1.567.

¹⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, Saraiva, 2005, p. 28: ("considera principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico"); v. também NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**, Vol. 1, 3ª ed., Saraiva, 2003, p. 81: ("A doutrina, há muito, considera principal estabelecimento, para efeito falimentar, aquele em que se encontrar a centralização das ocupações empresariais, isto é, o local de onde emanam as ordens e se realizam as atividades mais intensas da empresa").

¹⁷⁰ Neste sentido, ver também: CC n. 27.835/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ: 09/04/2001; e CC nº 1.930/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ: 25/11/1991.

¹⁷¹ STJ, REsp 1006093/DF, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 16/10/2014.

¹⁷² STJ, CC n. 32.988/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ: 04/02/2002.

¹⁷³ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, Op.cit., p. 167.

proferidas; (iii) a filial brasileira situada no Brasil não estará sujeita aos efeitos do processo alienígena.

Com isso, indaga-se: qual a norma em vigor? Qual poderia ser aplicada? Alguns autores defendem a aplicação das regras do Código de Processo Civil de 1939, o qual, entendem eles, permaneceria em vigor no que tange à insolvência transnacional, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 1973 não trouxe novas regras dispondo contrariamente sobre tal matéria¹⁷⁴. Em sentido análogo, VALLADÃO¹⁷⁵ sugere a aplicação do Código de Processo Civil de 1939 até que o tema venha a ser especificamente regulamentado por uma nova lei, o que implicaria, aí sim, na revogação das normas do Código de Processo Civil de 1939. Outros sustentam que os procedimentos previstos no Código de Processo Civil de 1939 podem servir de “orientação básica” para a resolução de casos envolvendo insolvência transnacional.¹⁷⁶ Por outro lado, outra corrente doutrinária defende que o Código de Processo Civil de 1939 foi inteiramente revogado total pelo Código de Processo Civil de 1973 e que o único diploma em vigor tratando da matéria seria o Código de Bustamante.

Enfim, tem-se, em relação ao tema da insolvência transnacional no direito brasileiro, um emaranhado de incertezas. Os dois únicos diplomas que versam explicitamente a questão (Código de Processo Civil de 1939 e Código de Bustamante) têm sua vigência questionada. A LINDB e o Código de Processo Civil de 1973 estão em vigor, mas são de pouca valia já que não tratam de forma específica do tema. Assim, percebe-se que de repositório normativo de que dispõem os magistrados é demasiado frágil e inconsistente para permitir a solução dos casos que hoje chegam aos tribunais, gerando grande insegurança ao empresariado nacional e estrangeiro.

¹⁷⁴ Neste sentido, v. FELSBURG, Thomas Benes. “**Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil**”. p. 10-11; VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. p. 43; KREILE, Ruber David. “**A Falência Internacional**”. *Revista dos Tribunais*, Vol. 888, p. 112.

¹⁷⁵ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. p. 43, *apud* CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado – Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

¹⁷⁶ TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**, p. 258 e 387 *apud* CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado – Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

Pode-se, assim, dizer que a questão da insolvência transnacional encontra-se até o momento carente de regulamentação. Impõe-se, pois, a busca por soluções adequadas, tal como a utilização de parâmetros internacionais e princípios que orientam o direito falimentar transnacional. Questões relevantes se põem: uma vez declarada a falência no território do principal estabelecimento deverá ser declarada a falência das filiais nos demais territórios de atuação no exterior? Os efeitos de tal falência alcançam os bens, contratos e direitos do falido, onde quer que se encontrem? Como tratar os credores estrangeiros no concurso de credores?

A lacuna existente no direito brasileiro precisa ser suprida.

3.7 Projeto de Código Comercial

Em 11 de novembro de 2013, uma Comissão de Juristas¹⁷⁷ composta por próceres do direito societário finalizou o projeto de novo Código Comercial brasileiro, submetendo-o à apreciação da Presidência do Senado. O Projeto de Lei do Senado nº 487/2013¹⁷⁸ encontra-se pendente de aprovação no Senado. O objetivo do Projeto consiste em melhorar o ambiente de negócios, aumentando a segurança jurídica nas relações empresariais, modernizando o regime contábil e atualizando a Lei de Falências, inclusive no que se refere à falência transnacional.

De acordo com o procurador e Professor da Fundação Getúlio Vargas, Márcio Guimarães Souza, um dos redatores do anteprojeto, a intenção do Anteprojeto foi o de conferir mais poder aos credores nos processos de recuperação judicial e falência e seguir as diretrizes da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional sobre cooperação nos casos envolvendo empresas que atuam em mais de um país¹⁷⁹. Com efeito, o Projeto de Lei incorporou princípios à disciplina falimentar e à falência transnacional, com vistas à melhoria do ambiente de negócios no Brasil.

¹⁷⁷ Os juristas componentes da comissão são os Doutores Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Arnaldo Wald, Bruno Dantas, Cleantho de Moura Rizzo Neto, Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho, Daniel Beltrão de Rossiter Correia, Eduardo Montenegro Serur, Fábio Ulhoa Coelho, Felipe Lückmann Fabro, Jairo Saddi, Marcelo Guedes Nunes, Márcio Souza Guimarães, Newton de Lucca, Osmar Brina Corrêa Lima, Paulo de Moraes Penalva Santos, Ricardo Lupion Garcia, Tiago Asfor Rocha Lima e Unie Caminha.

¹⁷⁸ Impõe ressaltar que tramita em paralelo um projeto de lei de mesmo objeto anterior no senado, o PL 1572/2011 de autoria do deputado Vicente Candido. Este projeto, contudo, este projeto de lei que visa instituir um novo Código Comercial, apesar de mais antigo, encontra-se, contudo, em estágio muito incipiente, aguardando Parecer do Relator na Comissão Especial.

¹⁷⁹ Site do senado federal. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/11/18/juristas-concluem-anteprojeto-do-novo-codigo-comercial> acessado em: 25/08/2014.

O Título IV do Anteprojeto cuida especificamente “da falência e da recuperação judicial transnacionais”. O primeiro capítulo do referido título, discorre sobre as falências e, o seguinte, volta-se à recuperação judicial transnacional, conferindo-lhe, com as devidas adaptações, o mesmo tratamento dado às falências transnacionais.

O art. 36 do Projeto de Lei nº 487/2013 estabelece que os juízos brasileiros devem cooperar diretamente com os juízos falimentares estrangeiros quando a crise vivida pela empresa tiver repercussão transnacional, com o fito de (a) aumentar a segurança jurídica na exploração de empresas e na realização de investimentos; (b) dar maior agilidade à tramitação dos processos falimentares transnacionais; (c) proteger de forma efetiva os direitos dos credores e do devedor; (d) maximizar o valor dos bens do devedor; (e) facilitar a recuperação da empresa em dificuldade.

O referido Projeto elenca, ainda, várias modalidades de cooperação¹⁸⁰, permitindo, inclusive que o administrador judicial brasileiro celebre com o órgão similar estrangeiro um protocolo para definição e operacionalização das medidas de cooperação¹⁸¹. Com a aprovação pelos juízos falimentares, nacional e estrangeiro, o protocolo será publicado.

Nos termos do anteprojeto, toda e qualquer solicitação referente à cooperação judiciária internacional independe de carta rogatória ou intermediação de órgão diplomático¹⁸². Ademais, determina o texto que o juiz brasileiro priorize a utilização de mensagens eletrônicas, telefone e vídeo-conferência, em suas comunicações com o juiz estrangeiro¹⁸³. Tais medidas conferem mais agilidade e rapidez ao procedimento, um dos objetivos estampados no art. 36 do Anteprojeto.

A participação do Ministério Público é imprescindível nos casos envolvendo falência transnacional, nos termos do art. 1.064 do Projeto de Lei do Senado nº 487/2013, inclusive nas ações propostas pela massa falida transnacional ou contra esta.

No que se refere às solicitações de cooperação feitas por juízo falimentar estrangeiro ao brasileiro, o projeto estabelece que só poderão ser atendidas caso não resultem em prejuízo

¹⁸⁰ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.060, *caput*.

¹⁸¹ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.060, § 1º e 2º.

¹⁸² Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.063 e 1.065.

¹⁸³ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.063, § 2º.

a direitos de credores domiciliados no Brasil, titulares de créditos sujeitos à lei brasileira¹⁸⁴. De igual modo, não será atendida a solicitação estrangeira que contrarie o direito pátrio ou viole a ordem pública¹⁸⁵. O solicitante estrangeiro que desconhecer o juízo falimentar competente poderá direcionar sua solicitação ao presidente do tribunal do estado onde se situa o devedor¹⁸⁶, sendo certo que a solicitação não tem o condão de submeter o solicitante à jurisdição nacional além dos limites solicitados¹⁸⁷.

O Anteprojeto elenca os direitos dos credores transnacionais, aqueles domiciliados no exterior e submetidos à lei estrangeira. Nos termos do art. 1.070 do Anteprojeto, o credor transnacional pode requerer a falência do devedor no Brasil, independentemente de caução, devendo, para tanto, demonstrar a “repercussão transnacional¹⁸⁸” da falência requerida, bem como participar da falência decretada, desde que devidamente habilitado. Uma vez habilitado, o credor transnacional deverá receber comunicação individual de todos os atos relevantes do processo¹⁸⁹. De acordo com a ordem de pagamentos instituída pelo Anteprojeto, o credor transnacional receberá seu crédito concursal após os credores quirografários, antes dos pagamentos das multas contratuais e penas pecuniárias.

À semelhança da classificação oriunda do lei modelo da UNCITRAL e do *Chapter 15*, o Anteprojeto prevê duas classes de processos falimentares transnacionais: um principal e um subsidiário¹⁹⁰. Será principal quando os interesses relevantes do devedor estiverem localizados onde o processo tem curso. Será subsidiário nos demais casos. O juízo falimentar onde tramita o processo principal deverá centralizar as informações relevantes¹⁹¹ dos eventuais processos subsidiários existentes¹⁹² e somente após o encerramento de todos os processos subsidiários poderá ser extinto, também, o procedimento principal¹⁹³.

¹⁸⁴ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.068.

¹⁸⁵ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.067.

¹⁸⁶ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.069, § 1º.

¹⁸⁷ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.066.

¹⁸⁸ Vele ressaltar que apesar de fazer referência ao termo, o anteprojeto não traz nenhuma definição conceitual do que venha a ser a repercussão transnacional de uma falência.

¹⁸⁹ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.071.

¹⁹⁰ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.072.

¹⁹¹ Informações como o valor dos bens arrecadados; o valor dos créditos admitidos e sua classificação; classificação, segundo a lei nacional, dos credores não domiciliados no país titulares de créditos sujeito à lei estrangeira; ações em curso de que seja parte o falido; término da liquidação; e o saldo credor ou devedor, bem como eventualativo remanescente.

¹⁹² Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.072, § 1º.

¹⁹³ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.072, § 3º.

O juízo falimentar estrangeiro ou o credor habilitador em procedimento falimentar estrangeiro podem formular um pedido de reconhecimento do procedimento estrangeiro ao juízo nacional¹⁹⁴. Ao reconhecer o pedido, o juiz brasileiro classificará o processo como principal ou subsidiário¹⁹⁵. Ao juiz é dado alterar, à vista de novos fatos ou argumentos, a classificação de processo transnacional, brasileiro ou estrangeiro¹⁹⁶.

Enquanto houver passivo não satisfeito em algum processo falimentar transacional, seja principal ou subsidiário, nenhum recurso remanescente da liquidação de um procedimento em específico será entregue ao falido. Os valores que porventura tiverem remanescido após a satisfação de todos os credores admitidos em um dos processos serão transferidos para o administrador de outro processo onde ainda haja credores com crédito a receber¹⁹⁷.

Assim, caso o Projeto de Código Comercial venha a ser sancionado poderá por um fim ao limbo normativo existente, regulamentando definitivamente a falência transnacional. O Brasil passará a contar com regras de cooperação internacional para orientar os juízes em caso de falências e recuperações judiciais de empresas com bens em outros países. A promulgação deste Código com a normatização específica do tema é fundamental para promover maior segurança jurídica às questões envolvendo insolvências transnacionais.

¹⁹⁴ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.074, *caput* e § 2º.

¹⁹⁵ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.076.

¹⁹⁶ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.078, II.

¹⁹⁷ Anteprojeto de Código Comercial – Art. 1.073.

Capítulo 4 - O CASO OGX: OBSERVAÇÕES E SITUAÇÃO ATUAL

No ambiente institucional em que inexistem normas de direito concursal transfronteiriço em vigor, ocorreu o maior caso de insolvência da história da América Latina. Em 30 de outubro de 2013, as sociedades do Grupo OGX apresentaram pedido de recuperação judicial em nome de quatro sociedades: OGX Petróleo e Gás Participações S/A (OGX Participações), OGX Petróleo e Gás S/A (OGX Petróleo e Gás), OGX International GMBH (OGX Internacional) e OGX Áustria GMBH (OGX Áustria), sendo as duas últimas sociedades estrangeiras. O pedido, portanto, abrangia as sociedades estrangeiras OGX Internacional e OGX Áustria, ambas empresas austríacas. O pedido foi autuado sob o número 0377620-56.2013.8.19.0001 e distribuído à 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

No pedido, as impetrantes sustentaram a existência de litisconsórcio ativo necessário tendo em vista a clara configuração de grupo econômico¹⁹⁸ com atuação interligada e concertada. Nos termos do pedido de recuperação, a OGX Participações é uma companhia aberta, controladora do grupo OGX, enquanto as empresas austríacas são sociedades não operacionais que funcionam como meros veículos da *holding* brasileira para obter investimentos no estrangeiro. Desta forma, OGX Internacional e OGX Austria seriam empresas destituídas de qualquer autonomia financeira ou gerencial.

O Grupo OGX utilizava as empresas austríacas para a emissão de dívidas no exterior (*bonds*), e posterior investimento nas sociedades operacionais no Brasil. Assim, as empresas nacionais tornaram-se garantidoras das dívidas tomadas junto a esses credores internacionais. De acordo com o quadro geral de credores apresentado pelo Grupo OGX a dívida tomada junto aos credores internacionais, responde pela maior parte do endividamento das sociedades. A recuperação do Grupo OGX dependeria, portanto, de uma reestruturação integral que englobasse as dívidas das quatro sociedades em busca de uma solução global.

Diante deste caso claríssimo de falência transnacional, a competência do juízo brasileiro se justifica, a partir de uma perspectiva universalista, na medida em que aqui se

¹⁹⁸ A primeira impetrante OGX PARTICIPAÇÕES, sociedade *holding* não operacional, é controladora da segunda OGX PETRÓLEO E GÁS, titular de 99,9% de seu capital. A OGX PARTICIPAÇÕES também controla diretamente a OGX INTERNACIONAL, que por sua vez controla a OGX AUSTRIA.

localiza o centro dos principais interesses do devedor¹⁹⁹. Partindo-se desta premissa, sendo a cidade do Rio de Janeiro a sede do principal estabelecimento do grupo OGX, o pedido foi impetrado no Tribunal de Justiça do respectivo estado.

Assim, concluíram as requerentes em sua petição, “*é, portanto, impositiva a presença de todas as impetrantes no polo ativo desta ação. O litisconsórcio, no caso, é indispensável para assegurar a eficácia da recuperação das requerentes, resguardando a competência e a efetividade do juízo universal brasileiro*”²⁰⁰.

Instado a se manifestar sobre o pedido de recuperação, o Ministério Público, mais precisamente a 2ª Promotoria de Justiça de massas falidas do Ministério Público do Rio de Janeiro, manifestou-se pelo indeferimento do processamento da referida recuperação judicial. A posição adotada pelo representante do órgão ministerial se pautou no entendimento de que o pedido de recuperação, no que se refere às empresas austríacas deveria se dar em seu país de origem, já que seus credores e devedores das empresas estrangeiras — detentores dos *bonds* (títulos de dívida) emitidos na Áustria — possuem domicílio no exterior.

Não é difícil notar a tendência territorialista adotada pelo representante do *parquet*:

Cf. acórdão no agravo de instrumento n. 0064658-77.2013.8.19.0000 TJRJ, j. em 19/02/2014, v.u., rel. Des. Gilberto Guarino -Todos os argumentos expostos pelos representantes das sociedades empresárias foram analisados e esmiuçados e, como resultado, concluiu-se que, no momento atual e de acordo com a legislação pátria e internacional vigentes, ainda não é possível evoluir para uma “construção jurídica” capaz de permitir que se processe recuperação judicial de sociedade empresária estrangeira por juízo brasileiro.

(...)

Desta feita, como não há na legislação brasileira mecanismo de cooperação internacional ou legislação própria que possibilite o processamento de um recuperação multinacional por Juízo brasileiro, sob a fiscalização do Ministério Público brasileiro, a reestruturação do grupo econômico OGX deve ser bipartida. As sociedades de cada nacionalidade devem ser submetidas aos procedimentos vigentes nos países de suas principais sedes, nos termos da indigitada lei modelo da UNCITRAL²⁰¹.

Com esteio no parecer ministerial, o juiz titular da 4ª Vara empresarial do Tribunal da Justiça do Rio de Janeiro, Dr. Gilberto Clóvis Farias Matos, deferiu o pedido de recuperação

¹⁹⁹ Art. 3º da Lei nº 11.101.

²⁰⁰ Pedido de Recuperação Judicial da OGX – TJRJ Processo n. 0377620-56.2013.8.19.0001 – p. 3.

²⁰¹ Parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de 07.11.13, nos autos da recuperação judicial nº 0377620-56.2013.8.19.0001, em curso perante a 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

judicial tão somente em relação às duas primeiras impetrantes OGX Participações, OGX Petróleo e Gás, sociedades sediadas no Brasil. As sociedades austríacas, que também haviam requerido o amparo legal, ambas subsidiárias integrais da primeira impetrante (OGX Petróleo e Gás Participações S/A), foram excluídas do procedimento.

Veja-se, a propósito, a transcrição do trecho da decisão da 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Pelo que se verifica da negociação engendrada no contexto das empresas requerentes, trata-se de um fato econômico inquestionável que as operações financeiras das empresas estrangeiras se entrelaçam com as das empresas nacionais, tal como se as empresas do grupo OGX Internacional GMBH e OGX Áustria GMBH fossem uma extensão das empresas Petróleo e Gás Participações S.A. e OGX Petróleo e Gás S.A., de molde inexorável.

Entretanto, tal negociação econômica carece de fundamento jurídico para se admitir a recuperação judicial em território nacional de empresas sediadas na Áustria e na Holanda, por absoluta ausência de jurisdição.

(...) não haveria possibilidade jurídica de decretação da falência na hipótese de descumprimento do plano de recuperação judicial, o que se configuraria um privilégio jurídico inaceitável. Deve haver uma assunção de risco.

Sem olvidar a possibilidade de submeter os credores às condições de pagamento propostas em outro país, alterando substancialmente a relação jurídica, sob enfoque de uma legislação absolutamente diversa da qual foram contraídas as obrigações, impondo inequívoca insegurança jurídica²⁰². (sem grifo no original)

Como se verifica da decisão de primeira instância, inobstante serem sociedades não operacionais, que operavam apenas em função da controladora nacional, como veículos para a emissão de títulos de dívidas e recebimento de receitas no exterior, objetivando financiar as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil, as subsidiárias estrangeiras foram excluídas, em primeiro grau, do procedimento de recuperação judicial.

Diante disto, interpuseram o agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000, submetido à relatoria do Des. Gilberto Campista Guarino. Em seu recurso, as agravantes frisaram inicialmente a ausência de qualquer previsão no sentido de vedar às empresas estrangeiras a concessão do favor legal de que trata a Lei nº 11.101/05:

(...) não havendo vedação no ordenamento, o princípio da legalidade orienta no sentido da permissão, senão por tudo, pelo fato de que o tratamento diferenciado entre sociedades brasileiras e estrangeiras, sob esse aspecto, agride à Constituição Federal²⁰³.

²⁰² Decisão proferida pelo MM. Juiz Gilberto C. Farias Matos, em 21.11.13, nos autos da recuperação judicial nº 0377620-56.2013.8.19.0001, em curso perante a 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

²⁰³ Recurso de agravo de instrumento, autuado sob o nº 0064658-77.2013.8.19.0000, oposto contra decisão que excluiu as subsidiárias estrangeiras do procedimento de recuperação judicial.

Sustentaram, ainda, que, segundo o art. 240, parágrafo 1º da Lei de Insolvência da Áustria (*Insolvenzordnung* - IO), os efeitos do processo de insolvência estrangeiro serão reconhecidos na Áustria se o centro de principal interesse do devedor (COMI) estiver localizado nesse estado estrangeiro e o processo estrangeiro for — em essência — comparável a processos austríacos.

Por fim, rogaram pela aplicação de uma visão universalista do direito transnacional, por ser um sistema mais justo e eficiente de arrecadação de bens e de distribuição de valores sem permitir que o vácuo legislativo sirva como pretexto para a adoção de uma interpretação retrógrada, na contramão do que vem sendo praticado atualmente no direito internacional falimentar.

Tendo em vista que as sociedades austríacas tinham o objetivo exclusivo de financiamento de sua controladora nacional, formando um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil²⁰⁴; que não possuíam filiais ou sucursais no território nacional; que exerciam uma função restrita à emissão de *bonds* (título de dívida) cujo pagamento era de responsabilidade da sociedade brasileira²⁰⁵, a 14ª Câmara Cível reformou a decisão de primeira instância, para autorizar a recuperação conjunta do grupo OGX.

A decisão salientou que “não se pode pôr em segundo plano a finalidade do procedimento em tela, o qual, em razão das agruras geradas pela crise da empresa, busca salvá-la da decretação de falência, viabilizando a ‘superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica’ conforme art. 47 da Lei n. 11.101/2005”²⁰⁶.

²⁰⁴ Acórdão no agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000 TJRJ, j. em 19/02/2014, v.u., rel. Des. Gilberto Guarino - Têm-se, portanto, sociedades empresárias estrangeiras que se erigem em estrutura de financiamento de sua controladora nacional, formando um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, o que não é nada incomum na era contemporânea, de globalização de mercados, mais ainda quando se pondera a própria atividade explorada, que intensifica as relações jurídicas transfronteiriças.

²⁰⁵ Acórdão no agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000 TJRJ, j. em 19/02/2014, v.u., rel. Des. Gilberto Guarino - Obviamente, não possuem elas filiais, sucursais, nem agências no território nacional, porquanto, como já dito, são subsidiárias da sociedade empresária brasileira que é, na realidade, a responsável pelo pagamento dos títulos de dívida (“bonds”) emitidos no exterior.

²⁰⁶ Acórdão no agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000 TJRJ, j. em 19/02/2014, v.u., rel. Des. Gilberto Guarino.

A câmara levou em conta, evidentemente, a ausência de oposição dos credores à concessão da integral da recuperação judicial, já que eles, ao revés, demonstraram interesse no deferimento do pedido tal como formulado:

“Mostra-se importante ressaltar que nenhum dos inúmeros credores do GRUPO OGX aparenta ser contra a recuperação judicial conjunta. Muito pelo contrário, as notícias jornalísticas recentemente veiculadas dão conta de que a Óleo e Gás Participações (OGP), antiga OGX, celebrou, aos 24/12/2013, acordo com credores internacionais numa tentativa de eliminar a dívida e recapitalizar a empresa”²⁰⁷

Adicionalmente, frisou a decisão concessiva que a própria lei austríaca previa o reconhecimento dos efeitos do respectivo processo estrangeiro, quando o centro de principal interesse do devedor (COMI) estivesse localizado no Estado estrangeiro e o procedimento se desse, em essência, de forma semelhante ao austríaco.

Assim, inobstante a opinião da douta Procuradoria de Justiça em sentido contrário, entendeu a 14ª Câmara Cível, em uma decisão de cunho eminentemente universalista, ser mais adequado englobar dentro de uma mesma recuperação judicial os credores nacionais e estrangeiros, evitando-se a eventual constrição de ativos no exterior, que seria imposta a requerimento do administrador judicial das sociedades austríacas, bem como a impossibilidade de realização de operações no âmbito internacional, o que frustraria qualquer possibilidade de recuperação do grupo OGX. Permita-se, para melhor compreensão, a reprodução da ementa do acórdão:

“Agravos de instrumento. Recuperação judicial de empresas. Interlocutória que deferiu o processamento do requerimento das duas primeiras agravantes, que têm sede no Brasil, rejeitando, contudo, a postulação das terceira e quarta recorrentes, ambas com sede na república da Áustria. Irresignação. Rejeição da recuperação conjunta que não se afigura sustentável. Finalidade do instituto da recuperação judicial calcada na preservação da empresa e de sua função social, além de ter por escopo o estímulo à atividade econômica (art. 47 da lei n.º 11.101/2005). A empresa não interessa apenas a seu titular (empresário), mas a diversos outros atores do palco econômico (trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito e estado). OGX petróleo e gás participações S/A. que é a sociedade holding e não operacional, controladora da OGX petróleo e gás S/A., titular de 99,99% do seu capital social. Controle exercido direta e integralmente também sobre a OGX international GmbH e a OGX Austria GmbH. Sociedades de holding com respaldo nos arts. 2º, § 3º, e 243, § 3º, da lei n. 6.404/76. Sociedades empresárias estrangeiras, notoriamente subsidiárias, que apenas constituem a estrutura de financiamento de sua controladora nacional, servindo como veículo das empresas brasileiras, visando a emissão de “bonds” e

²⁰⁷ Acórdão no agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000 TJRJ, j. em 19/02/2014, v.u., rel. Des. Gilberto Guarino.

recebimento de receitas no exterior. Configuração de um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, consistente na exploração e produção de petróleo e gás natural em território nacional. Ausência de manifestação dos credores contrária a um plano comum de recuperação judicial. Legislação austríaca sobre insolvência que admite o reconhecimento dos efeitos do processo de insolvência estrangeiro, quando o centro de principal interesse do devedor (COMI) está localizado no estado estrangeiro e o processo é, em essência, comparável ao austríaco. estudo de viabilidade anexado aos autos. Falta de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais que, se não o autoriza, por outro lado, não o veda. Lacunas legislativas decididas de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da LINDB). Predomínio da equidade, que busca adequar a lei às novas circunstâncias, a fim de que o órgão jurisdicional acompanhe as vicissitudes da realidade concreta. Inocorrência de transmutação do estado juiz em estado legislador positivo. Questão versada que, por ser de relevante interesse social, não pode ficar à margem da análise jurisdicional, bem ponderados os aspectos do caso concreto. Necessidade de reforma da lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, colimando tratar da insolvência transnacional. Provimento do recurso, confirmando-se o deferimento do efeito suspensivo ativo, para revogar a interlocutória agravada e determinar o processamento conjunto da recuperação judicial das agravantes.”

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, então, interpôs recurso especial, em que buscou fazer valer a sua visão territorialista do direito falimentar transnacional. Para tanto, alegou, dentre outras coisas, violação ao art. 3º da Lei nº 11.101/05, contrariedade ao art. 12 da LINDB, violação ao art. 422 do CC e negativa de vigência ao art. 47 da Lei nº 11.101/05.

De acordo com o recorrente, a violação ao art. 3º da Lei nº 11.101/05²⁰⁸ se justificaria na medida em que as sociedades empresárias austríacas não possuem nenhum estabelecimento em território nacional, logo, por expressa previsão legal, o MM. Juízo da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro não é competente para processar o pedido de recuperação judicial dessas sociedades empresárias. Soma-se a isto o fato de o referido artigo não permitiria o extravasamento da jurisdição brasileira para alcançar a sede ou as filiais existentes fora do nosso território, ainda que pertencentes a sociedades que também atuem em nosso País.

Já o art. 12 da LINDB²⁰⁹ teria sido malferido tendo em vista que tanto as devedoras, OGX Internacional e a OGX Áustria, quanto os credores detentores dos *bonds* emitidos na Áustria, têm domicílio no exterior.

²⁰⁸ Art. 3º da Lei nº 11.101/05: É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

²⁰⁹ Art. 12 da LINDB: Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

Alega, ainda, violação ao dever de boa-fé, na forma do art. 422 do CC²¹⁰, uma vez que, de acordo com o recorrente, seria contraditório e ilegítimo sociedades que optaram pela constituição na Áustria, provavelmente visando obter algum tipo de benefício, agora, no momento de dificuldade, pretenderem a guarida do Poder Judiciário Brasileiro e das Leis Brasileiras, antes relegadas por opção própria.

Por fim, sustenta a recorrente o acórdão teria negado vigência ao art. 47 da Lei nº 11.101/05²¹¹, visto que o princípio da preservação da empresa teria sido desprestigiado. De acordo com o *parquet*, o objetivo da lei é salvaguardar “empresas nacionais, entendidas estas como as que desenvolvem suas atividades em nosso território, empregando trabalhadores no Brasil, recolhendo seus tributos para os cofres do tesouro nacional e promovendo o estímulo da nossa economia²¹²”, de modo que as empresas austríacas não se amoldariam à sua interpretação.

O recurso especial acima indicado ainda se encontra pendente de processamento até a presente data, de modo que a questão sobre o deferimento do pedido recuperatório de uma sociedade estrangeira, parte de um grupo empresarial brasileiro, perante um juízo nacional ainda não foi decidida de forma definitiva pelo judiciário brasileiro, decisão que se aguarda, assinalando-se a relevância do caso, pela Corte que é na dicção constitucional – o STJ – o sumo intérprete da lei federal.

²¹⁰ Art. 422 CC: os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²¹¹ Art. 47. Lei nº 11.101/06: A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

²¹² Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nos autos do nos autos do Agravo de Instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000 contra o acórdão que deferiu a recuperação judicial das empresas austríacas.

CONCLUSÃO

O tema ora expandido é deveras complexo e requer maior atenção da sociedade, sobretudo dos poderes Judiciário e Legislativo. Do ponto de vista teórico, pelo que se pode concluir deste trabalho, a teoria universalista é a que oferece maiores benefícios do ponto de vista econômico, maximizando o valor dos bens do devedor, aumentando a segurança jurídica, reduzindo o custo do crédito, aumentando a eficiência e a justiça na distribuição dos créditos. Há, entretanto, um grande obstáculo à sua implementação, qual seja, falta de vontade política dos Estados de abdicarem de parcela de sua soberania para permitir que outro país exerça jurisdição sobre os bens localizados em seu território.

Este debate, que, há muito, vinha sendo travado em grandes fóruns e simpósios mundo afora, permaneceu em estado de intensa letargia nas últimas décadas em nosso país. Enquanto novas tendências mundiais despontavam e os países tomavam posições de vanguarda, o poder legislativo brasileiro ficou-se inerte, sem editar normas sobre o tema, desde o longínquo Código de Processo Civil 1973.

Ocorre que dinamicidade dos acontecimentos em um mundo globalizado não se compatibiliza com o ritmo brando do legislador nacional. Os fatos econômicos acontecem e a sociedade demanda uma solução do poder judiciário. A Recuperação judicial do Grupo OGX foi emblemática neste sentido. Foi o primeiro caso de Recuperação judicial com repercussão internacional em que um juiz brasileiro ampliou a sua competência para albergar veículos estrangeiros não operacionais. Embora a decisão ainda esteja pendente de confirmação, ela é de grande relevo e já representa um grande marco na história do direito falimentar brasileiro.

A despeito do limbo normativo, o precedente deu novo contorno à interpretação do art. 3º da Lei nº 11.101/05, culminando na ampliação da competência do juízo falimentar nacional para abranger subsidiárias estrangeiras não operacionais. Ainda não se sabe como se dará o processo de cooperação entre Brasil e Áustria, mas certamente ele será imprescindível para que se ponha em prática as decisões do juízo Brasileiro. Também, não ficou claro qual teria sido o deslinde do caso se os veículos estrangeiros fossem operacionais, com ativos no exterior.

Com toda a importância a que faz jus a inovadora decisão tomada no caso do Grupo OGX, ainda se espera que o Brasil consiga criar um corpo normativo com regras específicas sobre a matéria, capaz de afastar dúvidas e incertezas e estabelecer uma jurisprudência sólida no âmbito falimentar. Só assim será possível criar um ambiente seguro e saudável para os negócios, capaz de atrair capital e investidores internacionais.

Para encerrar, revela-se premente a aprovação do Anteprojeto de Código Comercial, o qual sem dúvida corresponderá a um largo passo destinado a equacionar, da melhor forma as tormentosas questões atinentes à insolvência transnacional.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ruy Amaral. **Universalism and Territorialism in Transnational Bankruptcy Cases**. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Paper%20-%20Ruy%20Andrade.pdf>

ANTUNES, José Engrácia – **Os grupos das sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**, 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2002.

_____. **"Estrutura E Responsabilidade Da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório"**. *Revista Direito GV*, vol. 1, nº 2, 029-068 (2005).

BEBCHUK, Lucian Arye & GUZMAN, Andrew T., **An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies**. *The Journal of Law and Economics*, Vol. XLII, nº 2, pp. 775-808, (1999).

BIERY, Evelyn H., BOLAND, Jason L and CORNWELL, John D. **"A Look at Transnational Insolvencies and Chapter 15 of the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005"**. *Boston College Law Review*, Vol. 47, 23 (2005), Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol47/iss1/3>

BREWERTON, F. J. & LEMASTER, Jane. **"Toward Universalism in International Bankruptcy Law: Foundations for Strategy Formulation in Selected Countries"**. *Journal of Business & Economics Research*. Vol. 1 nº 9 (2003).

BUFFORD, Samuel L. **Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice**, *Northwestern Journal of International Law & Business*. Vol. 27, 351 (2006-2007).

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando, **A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado** – Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

_____. **A Insolvência Transnacional: Para Além da Regulação Estatal e na Direção dos Acordos de Cooperação**.

_____. **The Legal Framework For Crossborder Insolvency In Brasil**. *Houston Journal of International Law*. Fall 2009, Vol. 32:1, n. 97-151, (2010).

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial**, 5ª ed., São Paulo: Renovar, 2010.

CHRISTENSON, Benjamin J. **Best Let Sleeping Presumptions Lie: Interpretation of "Center of Main Interest" Under Chapter 15 of the Bankruptcy Code and an Appeal for Additional Judicial Complacency**, *University of Illinois Law Review* Vol. 2010, nº 5, (2010).

CHUNG, John J. **The Retrogressive Flaw of Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A Lesson from Maritime Law**, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 17, 253-304 (2007).

CLARK, Leif M. Clark e GOLDSTEIN, Karen. **Sacred Cows: How to Care for Secured Creditors' Rights in Cross- Border Bankruptcies**, *Texas International Law Journal*, Vol. 46, 513, (2011).

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, São Paulo: Saraiva, 2005.

FELSBERG, Thomas Benes. Thomas Benes. **Cross-Border Insolvencies and Restructurings in Brazil**, *International Business Lawyer*, Vol. 31, 15, (2003). Disponível em <http://www.americancollegeofbankruptcy.com/images/Felsberg%20-%20Cross%20Border%20Insolvency.pdf>

FERREIRA, Cátia Filipa da Silva. **A Responsabilidade Dos Administradores E Gerentes Na Insolvência Transfronteiriça – A Problemática Do Forum Shopping**, Dissertação de Mestrado - Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

GARRIDO, José M. **No Two Snowflakes the Same: The Distributional Question in International Bankruptcies**, *Texas International Law Journal*, Vol. 46, 459 (2011).

GUZMAN, Andrew T. **'International Bankruptcy: In Defense of Universalism'**, *Michigan Law Review*. Vol. 98, 2177, 2203 (2000).

HORTA, Gabriel H. F. **Da Falência no Direito Internacional Privado**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1958, p. 73 *apud* Campana Filho, Paulo Fenando, A recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a Partir do Direito Comparado – Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

JACKSON, Thomas H., **The Logic and Limits of Bankruptcy Law**. Cambridge MA: Harvard University Press (1986).

JITTA, D. Josephus. **La codification du droit international de la faillite**. La Haye: Belefante Frères, 1895.

KENT, Anderson. **The Cross Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience**, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 21, 679, 771 (2000).

KIPNIS, Alexander M., **Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency**, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 36, 156 (2006), Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=913844>.

KRAFT, Todd e ARANSON, Allison. **'Transnational Bankruptcies: The Section 304 and Beyond'**, *Columbia Business Law Review*. Vol. 1993, 329, 336 (1993).

LEONG, Jeremy. **Is Chapter 15 Universalist or Territorialist? Empirical Evidence from United States Bankruptcy Court Cases**, *Wisconsin International Law Journal*. Vol. 29, 110 (2011).

LOBO, Otto Eduardo Fonseca; SANTOS, Paulo Penalva; e ANTONOFF; Rick B. **Varig Airlines: Flying the Friendly Skies of Brazil's New Bankruptcy Law with Help from Old §304**. *American Bankruptcy Institute Journal*, Vol. 26, 42, 44, (2007).

LoPUCKI, Lynn M., **Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach**. *Cornell Law Review*, Vol. 84, 696, 701 (1999). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=132408>

_____. **The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy**. *Michigan Law Review*, Vol. 98, 2216, (2000).

_____. **Universalism Unravels**. *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 79, 143, (2005). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=732123>.

MASLIN, Jean-Philippe. **The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping**. (2010). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1539391>.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Vol. 8, Livro 5, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

McCORMACK, G.. **Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law**. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32 (2) 325, 347 (2012).

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**, Vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. **Falência E Conflito De Jurisdições No Direito Internacional Privado Brasileiro**. Encontro Nacional do CONPEDI (Uberlândia, MG) Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012. p. 6214 – 6237, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=794288f252f45d35>.

POTTOW, John, **Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy**, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 45, 935, 948 (2005).

RASMUSSEN, Robert K. **Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering**. *University of Michigan*, Vol. 98, 2252 (2000).

_____. **Where are All the Transnational Bankruptcies?: The Puzzling Case for Universalism** (2007). *Brooklyn Journal of International Law*. Vol. 32, 983 (2007).

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1975.

SANTISO, Javier. **The Emergence of Latin Multinationals**. *CEPAL Review*, Nº 95, pp. 7-30, (2007). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1339780> (www.oecd.org/dataoecd/4/40/40512615.pdf).

SATIRO, Francisco e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A Insolvência Transnacional: Para Além da Regulação Estatal e na Direção Dos Acordos de Cooperação**. In: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo; Francisco Satiro. (Org.). *Direito Das Empresas Em Crise: Problemas E Soluções*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**, Vol. 2, 11ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

TOBLER, Claudia. **Managing Failure in the New Global Economy: The U.N.C.I.T.R.A.L. Model Law on Cross-border Insolvency**, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 22 (1999).

TRAUTMAN, Donald, WESTBROOK, T. Jay L. & GAILLARD, Emmanuel. **Four Models of International Bankruptcy**, *American Journal of Comparative Law*. Vol. 41, 573, 620 (1993).

TUNG, Frederick. **Is International Bankruptcy Possible?** *Michigan Journal Of International Law*, Vol. 23:1, 31 (2001).

_____. **Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations** (April 4, 2001). *UC Berkeley Law and Economics Working Paper* Nº 2001-7 (2001). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=267437>

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Vol. 3, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

WESTBROOK, Jay Lawrence. ‘**Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Laws and Choice of Forum**’, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 65, 457, 461 (1991).

_____. **Breaking Away: Local Priorities and Global Assets**. *Texas International Law Journal*, Vol. 46, 601, (2011).

_____. **Multinational Financial Distress: The Last Hurrah of Territorialism**. *Texas International Law Journal*, Vol. 41, (2006), Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2195762>.

11 U.S.C. Chapter 15: Ancillary and Other Cross-Border Cases – Capítulo 15 do Código de Falências norte-americano

Agravo de instrumento nº 0064658-77.2013.8.19.0000 TJRJ

Cebr's World Economic League Table. 26 December 2013. P. 13 Dado obtido no site do Centre for Economics and Business Research - CEBR. Disponível em: http://www.telegraaf.nl/incoming/article22168758.ece/BINARY/+Cebr_World-Economic-League-Table-2013.pdf

cf. também

<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/30/ranking-do-banco-mundial-traz-brasil-como-a-7-maior-economia-do-mundo.htm> Acessado em: 10/10/14

Código de Processo Civil de 1939

Código de Processo Civil de 1973

Decreto nº 6.982/1878

Decreto nº 7.777/1880

Decreto nº 9.982/1878

Lei nº 11.101/05

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei Nº 4.657, De 4 De Setembro de 1942

Pedido de Recuperação Judicial da OGX, 4ª Vara Empresarial do TJRJ - Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001.

UNCITRAL. *UNCITRAL Model Law on Cross-Border insolvency: The Judicial Perspective*. New York: United Nations, 2012.